

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCION DEL TITULO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS

EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN LA LEGISLACION ECUATORIANA,
TIPOS CONEXOS Y PRUEBA INDICIARIA

RICHARD KING HURTADO

DIRECTOR: DR. JAIME FLOR RUBIANES

QUITO, 2013

ABSTRACT

La presente disertación, como su título lo señala, tiene tres puntos esenciales de estudio, el primero refiere al delito de Lavado de Activos, enmarcado en la legislación ecuatoriana y los antecedentes internacionales que motivaron su tipificación como ilícito en nuestro país; el segundo punto contiene a los tipos penales conexos con este delito, que no son más que aquellos ilícitos que de una u otra forma se encuentran relacionados directamente con la conducta típica estudiada, ya sea como delitos derivados, o bien como delitos posteriores que procuran la consumación del ilícito previo. Finalmente, se determina el mecanismo de prueba empleado para la comprobación de la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, que no es otro que la Prueba Indiciaria o Prueba por Indicios, sobre la cual se realiza un análisis constitucional y legal acerca de su aplicabilidad.

Al finalizar la lectura de este trabajo, se obtendrá una idea clara y sustentada sobre el delito de Lavado de Activos, precisando el sujeto activo y pasivo del mismo, así como el bien jurídico que protege; además, se analiza en los capítulos siguientes de la disertación la serie de normas o leyes que lo tipifican como un delito, pasando desde la Convención de Viena de 1988 (tratado con el que nace a la vida jurídica este ilícito), hasta llegar a nuestro país, con la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos. Se determinan también, los tipos penales conexos que a criterio personal son los más empleados por los delincuentes, ya sea para cometer en lo posterior el delito de lavado, o bien para asegurar el fruto del cometimiento de este ilícito, entre los que se encuentran al Peculado, Enriquecimiento Ilícito, Tráfico de Sustancias Estupefacientes y las Falsificaciones, concluyendo con un análisis acerca de la Prueba Indiciaria, como un mecanismo procesal para la comprobación del delito, como la responsabilidad del procesado, procurando establecer si su aplicación en el país contraviene o no principios constitucionales y si constituye el medio idóneo para desvanecer la presunción de inocencia del individuo a fin de obtener una posible condena.

En las conclusiones se establece, que el delito que se analiza, es un tipo penal abierto, que subsume en su hipótesis normativa una amplia serie de conductas que eventualmente y a criterio de los organismos de control pudieran ser consideradas como ilícitas, lo cual hace necesario que todos los usuarios, abogados y operadores de justicia conozcan de este delito, a fin de evitar que la delincuencia corrompa la institucionalidad del estado, y de las relaciones sociales.

Las conclusiones y premisas antes mencionadas, se sustentan en aportes bibliográficos nacionales y extranjeros, así como también en la verificación de los diversos cuerpos legales que de una u otra manera concierne al tema de estudio.

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo de disertación a Dios, a quien debo agradecer mi vida entera, la hermosa familia que tengo, así como los dones y talentos otorgados, los cuales, sin el apoyo y guía de mi Padre, hubieran sido desperdiciados, ya que él, es el pilar sobre el cual he construido mi vida, donde lo que tengo y lo que soy, a él se lo debo y nunca podré pagarle por los distintos sacrificios que atravesó en mi crianza.

A mi madre, quien con su amor y comprensión me enseñó el amor incondicional y verdadero, siendo mi confidente y amiga fiel, constituyéndose en un apoyo esencial para mi desarrollo personal.

A mi abuelita Rosita, quien inculcó en mí desde temprana edad, la entereza y responsabilidad académica, tratándome como un hijo mas.

A mis hermanos, quienes antes fueron mis compinches, hoy son mis dos mejores amigos, siempre dispuestos a apoyarme de manera incondicional y para los que siempre estaré ahí.

Finalmente, no podía dejar de dedicar el presente trabajo a mi tío Fernando por despertar en mí el amor a las leyes e impulsarme en el ámbito jurídico.

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción	pág. 7
1.- Datos Preliminares:	pág. 9
1.1.- El Lavado de Activos y su origen (historia)	pág. 11
1.2.- Tipificación en Ecuador del Lavado de Activos	pág.18
1.3.- Ley para Reprimir el Lavado de Activos publicada en el Registro Oficial 127 de 18 de Octubre del 2005.	pág. 25
1.4.- Ley Reformatoria a la Ley para Reprimir el Lavado de Activos publicada en el Registro Oficial Suplemento No 352 del 30 de diciembre del 2010	pág.35
2.- Análisis del Tipo penal de Lavado de Activos	pág. 40
2.1.- Sujeto Activo	pág. 42
2.2.- Bien Jurídico Protegido	pág. 47
2.3.- Sujeto Pasivo	pág. 53
3.- Tipos Penales Conexos	pág. 55
3.1.- Enriquecimiento Ilícito	pág. 58
3.2.- Peculado	pág. 63
3.3.- De las Falsificaciones	pág. 70
3.4.- Tráfico de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas	pág. 74

4.- Prueba del delito de Lavado de Activos	pág. 77
5.- Conclusiones	pág. 87
6.- Bibliografía	pág. 91

INTRODUCCIÓN

En Sudamérica, en la década de los 80, se inició un fenómeno delincencial, relacionado con el tráfico de sustancias estupefacientes; razón por la cual, desde ese entonces los gobiernos involucrados, han desarrollado varias políticas estatales, destinadas a su control y sanción, aclarando que la mayoría, por no decir la totalidad de esas iniciativas gubernamentales obedecen a la tendencia y requerimientos mundiales, que han sido plasmados en varios instrumentos internacionales; los cuales, de alguna manera, buscan frenar e impedir el raudo incremento de la criminalidad organizada, que en la actualidad se manifiesta con la formación y fortalecimiento de verdaderos grupos delincuenciales que operan no solo dentro de los límites de un determinado país, sino de manera regional e inclusive global. Una de las necesidades más importantes de dichos grupos delincuenciales, luego del cometimiento de un delito, es el tratar de introducir los “beneficios o ganancias” de los ilícitos perpetrados, en la economía lícita de un país. Podríamos decir que lo que buscan es legalizar las utilidades de un ilícito o al menos dar la apariencia de licitud a dichos bienes para su posterior disfrute, lejos de los controles estatales; es por ello, que la presión internacional ha exigido que los estados combatan la legalización del dinero y bienes procedentes de actividades delictivas, pretendiendo que los estados, de manera real y efectiva busquen el bienestar social de sus ciudadanos mediante la implementación de políticas que prefieran el sacrificar un ficticio desarrollo económico producto de capitales ilícitos y se busque otras alternativas cuyo costo social sea más aceptable y sustentable; luchando de esta manera contra la delincuencia organizada, en favor de la ciudadanía.

La conducta descrita en el párrafo anterior, ha sido catalogada por la doctrina como “lavado de activos”, siendo este delito, un tipo penal, relativamente nuevo en nuestra legislación, y en general en todos los ordenamientos jurídicos del mundo, el cual prácticamente nace a la vida jurídica, el 19 de diciembre de 1988 en Viena, Austria, en la “La Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”; convención en la que se acuerda combatir el narcotráfico y se implementan algunas medidas, que deberán ser desarrolladas en el derecho interno de cada estado parte, mediante la expedición de leyes que

combatan el lavado de activos proveniente de actividades delictivas relacionadas al tráfico de drogas.

Como quedó anotado, el delito de Lavado de Activos, tuvo su origen, como un tipo penal conexo a conductas de narcotráfico, lo cual, ocasionó una estigmatización de todo lo relacionado con éste, dejándose de apreciar, el verdadero alcance del delito que nos ocupa, por cuanto, como veremos en este estudio, los bienes que pueden ser sujetos de lavado, pueden también provenir de otras conductas típicas, tales como el enriquecimiento ilícito, peculado, cohecho, concusión, entre otros delitos graves, los cuales fueron introducidos como delitos subyacentes u originarios del delito de lavado, varios años después de la expedición de la Convención de Viena.

Es por ello que en este estudio se buscará conocer el verdadero alcance que este tipo penal puede tener, empezando por definir propiamente en qué consiste la conducta típica de “lavado”; quienes pueden cometerlo, que bienes jurídicos protege, cual es el sujeto pasivo, con que delitos puede estar vinculado, las etapas que supone su cometimiento, el análisis de los instrumentos internacionales y las leyes ecuatorianas que tipificaron como delito esta conducta, junto con otros aspectos jurídicos de relevancia, que darán una idea clara y precisa al lector, del alcance de esta conducta ilícita; enfatizando y adelantándome a manifestar, que estamos frente a un delito muy abierto, el cual subsume en su hipótesis normativa una serie de verbos rectores que lo configuran.

Así también, es de trascendental importancia, realizar un análisis del procedimiento para el juzgamiento de este delito, estudiando fundamentalmente el tipo de prueba que debe utilizarse para el determinación de este ilícito, para lo cual, necesariamente deberemos referirnos a la prueba por indicios o prueba indiciaria, la cual a criterio de varios autores se encuentra en contraposición con nuestra legislación, por atentar flagrantemente a la presunción de inocencia de los ciudadanos, particular que será analizado desde el punto de vista legal y constitucional en este trabajo.

1. DATOS PRELIMINARES:

Para adentrarnos en el estudio del tipo penal que nos ocupa, debemos referirnos a las múltiples denominaciones con las cuales las diversas legislaciones internacionales se han referido al Lavado de Activos, llamándolo también: Conversión o Transferencia de Bienes, Lavado de Dinero, Blanqueo de Activos, Blanqueo de Capitales, siendo estos los nombres más comunes y generalizados que utiliza la doctrina y la legislación internacional.

Cabe señalar que en el Ecuador, antes de la expedición de la Ley Para Reprimir el Lavado de Activos, (publicada en el Registro Oficial No 127 el 18 de octubre del 2005), se denominaba a esta conducta típica Conversión o Transferencia de Bienes, y no fue hasta que se publicó la citada norma que se comenzó a utilizar la denominación de lavado en el Ecuador, aunque doctrinariamente e internacionalmente, ésta era la definición más ampliamente usada y difundida.

Muchas han sido las formas como se ha pretendido catalogar o definir al delito de Lavado de Activos, existiendo abundantes aportes de diferentes y distinguidos autores, siendo los siguientes los más completos y difundidos, a mi criterio muy personal:

- Eduardo Fabián Caparros, en la obra de Hernando Hernández Quintero¹, indica que *“cuando recurramos al empleo de expresiones tales como “blanqueo”, “lavado”, “reciclaje”, “normalización”, “reconversión”, o “legalización” de bienes, (y siempre que entonces no indiquemos otra cosa) queremos referirnos al proceso tendiente a obtener la aplicación en actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas ilícitas, con independencia de cual sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de una apariencia de legalidad”*

¹ Hernando Hernández, *El Lavado de Activos*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Segunda Edición, 1997, página 22

- A criterio del Dr. José Arbela Ramírez², tenemos que lavado de activos es *“un proceso mediante el cual las personas y organizaciones criminales buscan dar apariencia de legalidad al dinero o activos obtenidos de la comisión de actividades ilícitas, a fin de introducirlos en la economía formal de un país.”*
- Para la Dra. Elsa Moreno Orozco³, *“Es el mecanismo a través del cual se oculta el verdadero origen de dineros o productos provenientes de actividades ilegales, tanto en moneda nacional como extranjera y cuyo fin es vincularlos como legítimos dentro del sistema económico del país.”*
- El Grupo de Acción Financiera Internacional⁴, dice: *“la conversión o transferencia de propiedad, a sabiendas de que derivan de un delito criminal con el propósito de esconder o disfrazar su procedencia ilegal o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito a evadir las consecuencias legales de su accionar. Ocultar o disfrazar la naturaleza real, fuente, ubicación, disposición, movimiento, derechos con respecto a, o propiedad de, bienes a sabiendas de que derivan de ofensa criminal o de participación de un delito”*
- Diez Ripollez⁵, *“describe que el blanqueo de capitales se refiere a los procedimientos por los que se aspira a introducir en el tráfico económico financiero legal los cuantiosos beneficios obtenidos a partir de la realización de determinadas actividades delictivas, especialmente lucrativas, posibilitando así un disfrute de aquellos jurídicamente incuestionados”*

² Arbulu José, Prevención del Lavado de Activos, Internet. jarbulur.blogspot.com. Acceso: el 18 de enero del 2013

³ Moreno Elsa, El Lavado de Dinero y Activos, Internet. www.derechoecuador.com, Acceso: el 27 de enero del 2013

⁴ Ulises Torres, *El Delito de Lavado de Activos*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, Primera Edición, 2010, página 10

⁵ Ulises Torres, *El Delito de Lavado de Activos*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, Primera Edición, 2010, página 09

De los conceptos antes anotados, podemos proponer una definición para el delito de Lavado de Activos, manifestando que: es el proceso dinámico, mediante el cual, bienes de cualquier clase, que son producto o han sido obtenidos por la comisión de un delito tipificado y sancionado por la ley, son introducidos en el sistema económico de un país, procurando dar una apariencia de licitud, o tratando simular que los mismos han sido obtenidos mediante un proceso legalmente aceptado.

De la definición antes anotada, y de las citadas previamente, podemos concluir, que el lavado de activos, blanqueo de capitales, o la conversión o transferencia de bienes (sea cual sea la denominación que se prefiera), consiste en un procedimiento o sucesión de actos, cuyo propósito, es el de aparentar o simular la licitud del origen de cualquier tipo de bienes, para su ingreso al torrente económico y evidentemente el aprovechamiento de los mismos fuera de los controles legales, por parte de las organizaciones criminales. Referimos que el blanqueo de capitales es un proceso o sucesión de actos, por cuanto son muy diversas las modalidades que los delincuentes emplean para lavar activos, ya que como se conoce, la criminalidad organizada, siempre busca aprovecharse de vacíos legales o nuevas técnicas para evadir las consecuencias de sus ilícitos, las cuales son variables y cambiantes, tal como las relaciones sociales y económicas, que obedecen entre otras cosas, al proceso de globalización en curso; debido a la diversidad de comportamientos que los delincuentes pueden adoptar, es que la comunidad internacional, y nacional, han procurado crear una lista bastante extensa de verbos rectores, a fin de abarcar la mayor cantidad de conductas y presupuestos posibles, con el propósito de sancionar el Lavado de Activos, tal y como lo veremos en los siguientes capítulos del presente trabajo.

1.1. EL LAVADO DE ACTIVOS Y SU ORIGEN (HISTORIA)

Siendo el lavado de activos, un delito tan polémico y controvertido, obliga y hace necesario su consideración y tratamiento partiendo de la concepción de una sociedad organizada y globalizada, donde las estructuras criminales cada día van perfeccionando sus actividades en

detrimento de los gobiernos y ciudadanos en general; es por ello, que la comunidad internacional, no podía permanecer indiferente al fenómeno criminal que se estaba dando en las sociedades del mundo.

Por ello, es indispensable, para entender el porqué fue necesaria la tipificación como delito de la conducta de lavar o blanquear activos, como refiere y explica Tomas Aladino Gálvez⁶ debemos remontarnos a la década de los años veinte, particularmente a la ciudad de Chicago, Estados Unidos, donde el auge de las llamadas mafias, había tomado el control de la ciudad, bajo el mando de Alphonse Capone, más conocido como Al Capone, quien era el cabecilla de una red de prostitución, salas de juego ilegales y fundamentalmente del tráfico de alcohol, producto de la prohibición o ley seca vigente en aquella época. Tales eran las ganancias de Capone, que tuvo que implementar un sistema para introducir sus “regalías” en el aparataje económico, a fin de poder usufructuar de ellas libremente; paralelamente, la invención y difusión de las máquinas lavadoras de ropa, que condujo al negocio de las lavanderías, (donde la gente por unas pocas monedas acudía a lavar sus prendas), que se había convertido en el actividad rentable del momento, volviéndose inclusive el punto de reunión de muchas personas, que aprovechaban el tiempo que duraba el proceso de lavado de su ropa, para ponerse al día con los diarios, o con sus amigos. Esta actividad de lo más inocente y transparente, despertó la astucia de Al Capone, quien infiltró en estos negocios su sistema, para disfrutar los beneficios de sus fechorías; fue así que siendo las lavanderías una operación por demás rentable en la época, era generadora de grandes cantidades de dinero en efectivo, producto de la alta demanda de este servicio, el cual incluso, tenía la colaboración de la banca privada que prestaba sus servicios de depósito y transporte para los valores obtenidos por el negocio; particular que sagazmente fue aprovechado por Capone, quien, cuando el servicio de transporte de valores acudía a dichos establecimientos a retirar los ingresos del mismo, introducía bolsas de dinero producto de sus fechorías, y lo depositaba conjuntamente con los ingresos percibidos por las lavanderías, aparentando que los beneficios de estos negocios eran

⁶ Gálvez Tomas, *El Delito de Lavado de Activos*, Lima, Jurista Editores, Segunda Edición, 2009, página 19

superiores a los reales, introduciendo conjuntamente con el dinero lícito, el dinero mal habido, en el sistema bancario. De ahí que se originó el concepto del denominado Money Laundering en inglés, o en español Lavado de Dinero. Lastimosamente, la falta de tipicidad en ese entonces, obligó a las autoridades a buscar otro tipo penal, que abarque las conductas del capo, y fruto de lo cual, Al Capone, fue procesado por evasión tributaria, dejando un sabor amargo en la policía e investigadores, que vieron impotentes como los bienes producto de la comisión de otros delitos, eran utilizados campantemente por los delincuentes.

Como queda demostrado, el concepto de lavado de dinero, es tan antiguo que abarca épocas donde el desarrollo judicial y jurídico estaba rezagado por mucho, respecto a la realidad social y las conductas de las organizaciones criminales.

Ya en la década de los ochenta, en América Latina empezó a desarrollarse rápidamente el fenómeno de los carteles y el tráfico ilícito de drogas, los cuales, incrementaron e hicieron verdaderamente visibles, los efectos nocivos que la actividad criminal generaba en las sociedades; particular que obligó a una respuesta por parte de la comunidad internacional, quien mediante la Organización de las Naciones Unidas, reunida en la ciudad de Viena, Austria, el 19 de diciembre de 1988, aprueba Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Instrumento internacional, que tenía el claro propósito de frenar el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, así como las implicaciones y fenómenos que dicha conducta ocasionaba en la sociedad; objetivos, recogidos en los diversos considerandos constantes de dicho tratado; pero son el tercero, cuarto, quinto y sexto considerando del mismo, los que presentan un especial interés e importancia para este trabajo, los cuales, para una mayor ilustración me permito transcribir:

“Reconociendo los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con el, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados,

Reconociendo también que el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad”

“Conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y crea grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles.”

“Decididas a privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad”

Del texto transcrito, podemos concluir, que los fines y objetivos buscados por la Organización de las Naciones Unidas al expedir el mencionado tratado, es el de luchar contra las actividades delictivas, pero fundamentalmente contra la criminalidad organizada internacional, que incurre en delitos relativos con el tráfico de estupefacientes; siendo éste el propósito final del instrumento internacional mencionado.

Referente a los considerandos antes mencionados, y prestando especial atención al último de ellos, podremos notar que, como un mecanismo para la lucha contra el narcotráfico, se introduce un objetivo secundario, que es el de privar a los delincuentes, del producto de sus ilícitos, procurando que de esta manera, que la incursión en estos crímenes, sea menos atractiva para los malhechores, reduciendo (como dice la convención en referencia) el principal incentivo para su cometimiento. Adicionalmente, podemos concluir, que en el caso de que este objetivo se cumpla, también generaría un efecto positivo en la lucha contra la delincuencia, por cuanto, se está desfinanciando la actividad criminal, lo cual facilitaría su procesamiento legal.

Continuando con el análisis del texto del tratado en cuestión, debemos anotar adicionalmente, que éste, es el primer tratado o instrumento de carácter internacional, que introduce como delito a la Conversión o Transferencia de Bienes, conducta que debía ser tipificada y

sancionada por el derecho interno de cada estado. Así tenemos que el artículo 3, numeral 1, literal b dispone:

“1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:

...b) i) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;

ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;”

De las normas transcritas, es evidente el hecho de que se introduce como una conducta ilegal o delictiva, a la Conversión o Transferencia de bienes, particular, que como queda determinado, describe la acción típica de lavar activos, ya que la conversión y transferencia de bienes son un sinónimo doctrinariamente aceptado para este tipo penal. Debemos recalcar la importancia de esta convención al referir que los delitos contenidos por la misma, debían ser tipificados por las legislaciones internas de cada país, asegurando de esta manera, que la difusión y cumplimiento de la norma sea masiva, respetando a la vez el principio de independencia y soberanía de los estados parte.

En lo que concierne a la tipificación del delito de Conversión o Transferencia, descrito en líneas anteriores, hay que anotar que éste, ha generado por parte de la doctrina mundial un

análisis muy minucioso del texto de la convención, particular que no llama la atención por tratarse del primer instrumento que introducía este tipo de conducta como punible. Es así que el autor Tomas Aladino Gálvez⁷ menciona con acertado criterio, que si bien la importancia de la Convención de Viena es trascendental para la inclusión del blanqueo de capitales como conducta típica en los diversos ordenamientos jurídicos internos de los países miembros, ésta tiene una clara falencia, la cual, con la sola lectura del título de la misma, (Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas) resulta evidente que el objeto de dicho tratado, refiere como punibles únicamente a la conversión o transferencia de bienes, que sean productos del cometimiento de delitos relacionados con drogas; lo cual, si bien abarca una parte de la problemática social generada por el lavado de dinero, aladea otras conductas típicas generadoras de ingentes cantidades de bienes que también son blanqueados por los criminales; siendo esta la principal observación que se puede realizar al texto de la convención en cuestión, rescatando e insistiendo en el hecho, de que fue este instrumento el que obligó a los estados parte, a tipificar como delito en su derecho interno a la Conversión o Transferencia de Bienes.

Continuando con el recorrido histórico que atravesó el delito de Conversión o Transferencia de Bienes, a nivel internacional, y debido al debate generado por el texto de la Convención de Viena de 1988, en diciembre del año 2000, en la ciudad de Palermo, Italia, se suscribió la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional; tratado que recogiendo el pensamiento de la doctrina, y las necesidades de la comunidad internacional, y que estableció en su artículo seis, como conducta punible, (que debía ser sancionado por el derecho interno de cada estado integrante), la Conversión o Transferencia de Bienes, pero con la diferencia, que no delimita como la Convención de Viena, a que el delito subyacente o previo, sea de aquellos exclusivamente relacionados con drogas, sino que por el contrario, procura ampliar la lista de delitos determinantes, y agrega los llamados delitos

⁷ Gálvez Tomas, *El Delito de Lavado de Activos*, Lima, Jurista Editores, Segunda Edición, 2009, páginas 23 y 24

graves o de la criminalidad organizada, tales como la Asociación para Delinquir, Actos de Corrupción, Amenazas contra Funcionarios Públicos, Instigación para Delinquir, entre otros.

Con la expedición de esta Convención, como refiere el autor Ulises Torres Soto⁸, lo que se procuró, es cubrir en cierta manera, los problemas facticos y de atipicidad ocasionados por la limitación para juzgar el blanqueo tan solo para casos donde el delito subyacente estaba relacionado con estupefacientes como lo disponía la Convención de Viena de 1988, particular que ocasionó que muchos casos de lavado de activos queden en la impunidad, por carecer de tipicidad, ya que el hecho de que los bienes objeto del delito de lavado de activos debían provenir necesariamente de delitos de narcotráfico, ocasionaba que el presupuesto de la norma legal no se verifique en el caso de que los bienes procedían de otra actividad delictiva ajena a los estupefacientes, y de esta manera se producía una falta de tipicidad para conductas de lavado de activos de delitos originarios distintos, los mismos que no dejaban de afectar a la sociedad y a la economía por las ingentes cantidades de dinero que movían y mueven hasta la actualidad.

A nivel de organismos internacionales, se han producido una gran cantidad de políticas y recomendaciones, emanadas por distintas organizaciones especializadas en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, y particularmente referente a la prevención del lavado de activos, siendo el más conocido, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), organismo que como lo detalla Ulises Torres Soto⁹, expidió en el año de 1990, las “40 Recomendaciones”, las cuales tienen como objetivo la lucha contra la delincuencia organizada, y principalmente el blanqueo de capitales. Entre dichas recomendaciones se destaca el hecho de que se conmina a todos los estados a nivel mundial, a que ratifiquen la Convención de Viena de 1988, además de emitir políticas que deberán ser desarrolladas por el derecho interno de cada país, referentes a las medidas de carácter administrativo y financiero

⁸ Ulises Torres, *El Delito de Lavado de Activos*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, Primera Edición, 2010, página 100

⁹ Ulises Torres, *El Delito de Lavado de Activos*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, Primera Edición, 2010, página 116

que deben tomar las diversas entidades estatales, así como todas las instituciones financieras; implementando procedimientos para procurar que el sistema económico, no sea utilizado como mecanismo de lavado. Debemos anotar, que posteriormente, en el año 2001, en una reunión extraordinaria de el GAFI, se complementaron las “40 Recomendaciones”, con ocho recomendaciones adicionales, las cuales obligaban a los estados a intensificar sus actuaciones en contra del lavado de activos; recomendaciones adicionales, que motivaron la expedición y posterior reforma de la ley que tipificaba el lavado de activos en Ecuador, como veremos con mayor detenimiento en el capítulo siguiente.

Como queda establecido, podemos concluir, que la lucha contra el lavado de Activos, ha sido un proceso histórico que ha desencadenado la evolución acelerada de este tipo penal, obligando a las distintas legislaciones a tipificarlo como delito en sus ordenamientos internos; particular que obedece al fenómeno de la globalización y a las nuevas y diversas técnicas utilizadas por los criminales para aprovechar los réditos de sus delitos, procurando escapar de las manos de la justicia.

1.2. TIPIFICACIÓN EN ECUADOR DEL LAVADO DE ACTIVOS,

El aumento de la criminalidad organizada, tuvo uno de los índices más altos en la década de los ochenta, fundamentalmente en lo que respecta al tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, el cual se encontraba en auge en esta época, a decir de la FELABAN¹⁰. Por ello, la realidad social, por la que diversos países en vías de desarrollo atravesaban en aquellos años, y fundamentalmente, el importante aumento en el tráfico ilícito de drogas a países desarrollados; motivaron a la comunidad internacional, para que empiece una carrera contra las organizaciones criminales, pero específicamente, una lucha frontal a nivel mundial, en

• ¹⁰ Federación Latinoamericana de Bancos FELABAN, http://www.felaban.com/coplaft/definicion01_1.html, Acceso 22 de abril del 2013.

contra del tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; lo cual, como se dijo en el subcapítulo anterior, motivó a la Organización de las Naciones Unidas, para expedir la Convención de Viena de 1988; lastimosamente, se esperó hasta el 25 de noviembre del 2005, para ratificar dicha convención, publicándola en el Registro Oficial No 153 de la misma fecha.

Pese a que, como se indicó, la Convención de Viena de 1988, no fue ratificada por Ecuador, sino hasta diecisiete años después, hay que rescatar el hecho, que nuestro país, previamente, ya había recogido la voluntad de la comunidad internacional al tipificar como un delito a la Conversión o Transferencia de Bienes; resaltando que de cierta manera, ya se recoge la voluntad y tendencia internacional en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto, se publica en el Registro Oficial No 108 de fecha 17 de septiembre del 1990, la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, la cual, en su preámbulo, textualmente dispone:

“Que es necesario armonizar la legislación ecuatoriana con las convenciones internacionales sobre el uso y tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias psicotrópicas;...”

“Que, es de importancia prioritaria movilizar a la comunidad ecuatoriana, a través de todas las instituciones públicas o privadas, para contrarrestar los efectos funestos del narcotráfico que socaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad;

Que, la ley de Control y fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, publicada en el Registro Oficial No. 612, del 27 de enero de 1987 es incompleta y no refleja la realidad actual del país;...”

De lo anotado, concluimos, por las propias expresiones vertidas por el legislador, que la expedición de la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, obedece a la existencia en aquella época, de una norma desfasada con la realidad social del país, que no cubría todas conductas que debían ser punibles, pero sobre todo, la necesidad de ajustar nuestro ordenamiento jurídico, con las convenciones internacionales expedidas hasta ese momento, en

aras de contrarrestar de alguna manera, las consecuencias nocivas del tráfico de drogas en la sociedad ecuatoriana. Esta última afirmación, es de trascendental importancia para este estudio, por cuanto, si atendemos con cuidado al texto específico de esta norma, podremos notar, de qué manera se restringe el ámbito de aplicación de dicha ley, al extenderla tan solo para conductas relacionadas con el tráfico de sustancias estupefacientes, es decir que, el Ecuador, siguiendo a la tendencia y mandatos internacionales de la época, reprimió la conversión o transferencia de bienes, tan solo en casos que los bienes que se pretendan lavar, provengan o tengan como delito subyacente un ilícito relacionado con el narcotráfico.

Así tenemos que la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas¹¹ referida en líneas anteriores, tenía un ámbito de aplicación muy restringido y de carácter especial, que no era otro que reprimir conductas relacionados con el narcotráfico, y dentro de las conductas punibles escogidas por nuestro legislador, se encontraba el lavado de activos, es por ello que en el artículo número tres, se disponía lo siguiente:

“Art. 3.- Ámbito de la Ley.- La presente Ley abarca todo lo relativo a:

- 1.- El cultivo de plantas de las que se puede extraer elementos utilizables para la producción de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, y cualquier forma de cosecha, recolección, transporte, almacenamiento o uso de frutos o partes de esas plantas;*
- 2.- La producción, elaboración, extracción o preparación, bajo cualquier procedimiento o forma, y en cualquier fase o etapa, de materias primas, insumos, componentes, preparados o derivados de las sustancias sujetas a fiscalización;*
- 3.- La tenencia, posesión, adquisición y uso de las sustancias sujetas a fiscalización, de las materias primas, insumos, componentes, precursores u otros productos químicos específicos destinados a elaborarlas o producirlas, de sus derivados o preparados, y de la maquinaria, equipos o bienes utilizados para producirlas o mantenerlas;*
- 4.- La oferta, venta, distribución, corretaje, suministro o entrega, bajo cualquier forma o concepto, de las sustancias sujetas a fiscalización;*

¹¹ Registro Oficial No 108 de fecha 17 de septiembre del 1990

- 5.- *La prescripción, dosificación o administración de sustancias sujetas a fiscalización;*
- 6.- *La preparación en cápsulas, pastillas o en cualquier otra forma de las sustancias sujetas a fiscalización, su envase o embalaje;*
- 7.- *El almacenamiento, la remisión o envío y el transporte de las sustancias sujetas a fiscalización, de sus derivados, preparados y de los insumos, componentes, precursores u otros productos químicos específicos necesarios para producirlas o elaborarlos;*
- 8.- *El comercio, tanto interno como externo, y, en general, la transferencia y el tráfico de las sustancias sujetas a fiscalización y de los componentes, insumos o precursores u otros productos químicos específicos necesarios para producirlas o elaborarlos;*
- 9.- *La asociación para ejecutar cualquiera de las actividades que mencionan los numerales precedentes, la organización de empresas que tengan ese propósito y la gestión, financiamiento o asistencia técnica encaminada a posibilitarlas;*
- 10.- La conversión o transferencia de bienes o valores que procedan de la ejecución de las actividades mencionadas en los numerales precedentes y la utilización, "blanqueo o lavado" de los recursos obtenidos de la producción o tráfico ilícito de las sustancias sujetas a fiscalización; y.
- 11.- *Las demás actividades conexas con esta materia." (Lo subrayado me pertenece)*

Si bien el artículo transcrito, delimita el ámbito dentro del cual la ley que nos ocupa regirá y sancionará, se puede notar que dicha norma, no prescribe prohibición alguna, tan solo, delimita la competencia de la ley, la cual, más adelante, en el artículo cincuenta y cinco, y en el artículo setenta y siete, respectivamente prohíbe la conversión y transferencia de bienes, y establece la debida sanción, así tenemos que:

“Art. 55.- De la conversión, transferencia, encubrimiento, ocultamiento o tenencia de bienes procedentes de actividades ilícitas.- Prohíbese la conversión o la transferencia de bienes con el fin de

encubrir u ocultar su origen ilegítimo procedentes del cultivo, producción o tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización.” (Lo subrayado me pertenece)

“Art. 77.- Conversión o transferencia de bienes.- Quienes, a sabiendas de que bienes de cualquier clase han sido adquiridos a través de la realización de los delitos tipificados en este Capítulo, con el propósito de ocultar tal origen contribuyeren a negociarlos, convertirlos o transferirlos a otras actividades, serán sancionados con cuatro a ocho años de reclusión mayor ordinaria y multa de veinte a cuatro mil salarios mínimos vitales generales.

Si la comisión de esta infracción se hubiere realizado mediante la organización de una asociación destinada a preparar, facilitar, asegurar los resultados o garantizar la impunidad, la pena será de ocho a doce años de reclusión mayor ordinaria y multa de cuarenta a seis mil salarios mínimos vitales generales. “(lo subrayado me pertenece)

Continuando con el análisis del texto legal transcrito, podremos concluir inequívocamente, que en el Ecuador, desde aquella época, se presuponía que quien cometa el delito de conversión y transferencia de bienes, debía realizarlo “a sabiendas”, lo que excluye toda posibilidad de que éste sea tomado como un delito culposo, incorporando al dolo, como elemento subjetivo del tipo penal; particular que no requiere de mayor análisis, ya que nos corresponde tan solo atender a la voluntad del legislador en este caso y limitarnos a resumir, que estamos frente a una conducta eminentemente dolosa. Adicionalmente, y como la ley no hace referencia a condición alguna respecto a quien la comete, podemos concluir que el sujeto activo de la misma, puede ser cualquier persona, sin que sea necesaria ningún tipo de condición especial para su cometimiento; así también, y bajo la perspectiva de que nos encontramos frente a una ley que reprime conductas relativas al narcotráfico, y que el objetivo de la ley, es la lucha contra éste, podemos aseverar que el bien jurídico protegido por el legislador de ese entonces era la Salud Pública.

Respecto al hecho que la legislación ecuatoriana que estamos analizando tan solo permitía el juzgamiento del lavado de activos cuando la conducta previa, era relacionada con el narcotráfico, esta conclusión, tiene su asidero en el propio texto de la norma transcrita, por

cuanto, podremos notar, que la misma ley establece como condición, que quien comete conversión o transferencia de bienes, debe hacerlo con pleno conocimiento de que los bienes que va a blanquear, son provenientes de la comisión de los delitos enumerado en la propia ley, los cuales, reprimen conductas relacionadas con el tráfico de drogas.

Se puede observar también, que los verbos rectores: negociar, convertir y transferir, usados por el legislador ecuatoriano en la tipificación del lavado de activos, no son más que la repetición de las conductas típicas expresadas en la Convención de Viena de 1988¹², lo cual, nos lleva a reafirmar las expresiones antes vertidas, respecto a que la ley que estamos analizando, es en cierta forma una recopilación del texto de dicha convención.

Referente al delito que nos ocupa, debemos destacar también, que el artículo setenta y siete antes transcrito, establece una pena de cuatro a ocho años de reclusión mayor ordinaria, y una multa de veinte y cuatro mil salarios mínimos vitales generales; pero llama la atención, que la misma norma, en su segundo párrafo, introduzca un tipo agravado de lavado de activos. Refiero, que es un tipo agravado, por cuanto, a la conducta típica general, se aumenta la pena en el caso de que se verifique una condición adicional, que no es otra, que el hecho de que se cometa la conversión o transferencia de bienes, utilizando asociaciones delictivas, que procuren favorecer la impunidad. En este caso, tenemos que la sanción se aumenta de ocho a doce años de reclusión mayor ordinaria y multa de cuarenta a seis mil salarios mínimos vitales generales.

Es imperativo puntualizar que la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, considera dos tipos de penas para quien comete lavado de activos, siendo la primera, la privación de la libertad, que se refleja con la condena a reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años o de ocho a doce años respectivamente; y la segunda, la sanción pecuniaria o multa

¹² Registro Oficial No 153 del 25 de noviembre del 2005, artículo 3, literal b) “i) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones”

que se impone al delincuente, pero no puede soslayarse el hecho de que, en el artículo ochenta y seis de la ley en mención, se añade la pena adicional, común a todos los delitos que reprime, que no es otra que el comiso especial, para todos los bienes en los cuales se ejecuten o hayan sido utilizados en la comisión del delito, extendiéndose también esta sanción, al reo sentenciado por lavado de activos.

Como se podrá notar, en el análisis de la ley que tipificó por primera vez como delito a la conversión y transferencia de bienes, se utilizó de manera indistinta los términos de lavado, blanqueo, conversión y transferencia, por cuanto, en el texto mismo del artículo tres, se introdujo tales conceptos como acepciones sinónimas del ilícito que nos ocupa. Así también, es evidente, que durante el mencionado análisis, se utilizaron expresiones conjugadas en tiempo pasado, por cuanto, no constituyen más que antecedentes de la tipificación del Lavado de Activos en Ecuador, ya que como veremos más adelante, hasta la actualidad, han sido varias las normas y reformas expedidas, hasta llegar a la Ley Para Reprimir el Lavado de Activos, que será motivo del siguiente capítulo, pero, previamente al referirnos a dicho cuerpo legal, debemos mencionar, a la norma que reformó la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que no es otra que la constante en el Registro Oficial No 173 del 15 de octubre de 1997; la cual, referente al tema de estudio del presente trabajo introdujo pequeños cambios que a continuación, pasamos a puntualizar:

La ley reformativa mencionada en líneas anteriores, referente al delito de lavado de activos, introdujo ciertas afirmaciones de carácter formal, más que de fondo, por cuanto, se modificó el texto del primer párrafo del artículo setenta y siete, y se extendió la lista de bienes que pueden ser utilizados para cometer lavado de activos, es decir, se modificó la frase “bienes de cualquier clase”, por una lista y categorización de bienes de distinta índole, expresando: “bienes muebles o inmuebles, dineros, valores o instrumentos monetarios, documentos bancarios, financieros o comerciales”.

De lo expuesto se observa, el cambio de una definición genérica de bienes, por una lista concreta, mediante la cual entiendo, que la motivación del legislador, era evitar una interpretación general de la ley penal, procurando una tipificación más específica y acorde a la materia, e introduciendo bienes que por omisión podrían ser objeto de excepción o pasados por alto en el momento que el juzgador aplique la norma.

1.3. LEY PARA REPRIMIR EL LAVADO DE ACTIVOS PUBLICADA EN EL REGISTRO OFICIAL No 127 DEL 18 DE OCTUBRE DEL 2005.

En este segmento, debemos referirnos a la primera ley expedida en Ecuador, cuyo carácter especial, está destinado a sancionar todo tipo de conductas referentes al lavado de activos; norma que no es otra que la publicada en el Registro Oficial 127 de 18 de Octubre del 2005, bajo el nombre de Ley para Reprimir el Lavado de Activos; la cual, es fruto del desarrollo jurídico del país, pero más que nada, obedece a la realidad social por la que atraviesa y claro está, a las presiones y tendencias de países y organismos internacionales.

En la ley que se enuncia a continuación, se introducen nuevas conductas típicas, que a criterio del legislador deben ser punibles por parte del Estado, así como también, por primera vez se regula en materia de lavado, respecto a bienes que no solo fueron producto de actividades relacionadas con el narcotráfico, si no que se extiende a cualquier tipo de conductas ilícitas, denominadas como “delitos graves”¹³.

¹³ Registro Oficial No 127 del 18 de octubre del 2005, Ley Para reprimir el Lavado de Activos, Artículo 14, ultimo inciso: “Los delitos tipificados en este artículo, serán investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delito autónomo de los demás delitos de tráfico ilícito, u otros delitos graves.”

Para empezar, debemos anotar, que la Ley para Reprimir el Lavado de Activos en su parte declarativa¹⁴, refiere la motivación que impulsó al legislador, para expedir dicho cuerpo normativo; así tenemos que a criterio personal, los siguientes considerandos son los de mayor trascendencia:

“Que el lavado de activos es uno de los mayores flagelos contra la sociedad, por sus nefastos efectos en la economía, en la administración de justicia y la gobernabilidad de los Estados, lo que afecta gravemente a la democracia;

Que la conversión o transferencia de capitales de origen ilícito de un país a otro y su reinserción en el sistema económico, producen graves problemas y favorecen la perpetración de una cadena indeterminada de actos ilícitos;”

Del primer párrafo antes transcrito, concluimos que el Estado, considera, que las consecuencias del lavado de activos, afectan de manera directa a la economía, la administración de justicia y la gobernabilidad; es decir, que según criterio del legislador, lo que pretende proteger, son los intereses antes enumerados, ya que los menciona como bienes jurídicos afectados, que deben ser precautelados por el Estado, y por ende, la razón de ser de la ley que nos ocupa. Refiere también, que el ingreso de capitales de origen ilícito al torrente económico del país, genera consecuencias económicas adversas, que afectan al sistema financiero, y más adelante, incorpora en nuestro ordenamiento, la ideología internacional de que el lavado de activos, no solo produce efectos “per se”, si no que colabora para el financiamiento de otros ilícitos, recogiendo de esta manera, lo estipulado en la Convención de Palermo¹⁵, referente a la lucha contra la criminalidad organizada y financiamiento del terrorismo, de la cual como se dijo, Ecuador es parte.

¹⁴ Registro Oficial No 127 del 18 de octubre del 2005.

¹⁵ Registro Oficial No 153 del 25 de Noviembre del 2005.

De lo expresado, se establece de manera fehaciente, que lo que el legislador ecuatoriano, busca proteger mediante la expedición de la citada ley, no es otra cosa que el orden socio económico y la administración de justicia, siendo éstos, los objetos de protección que se juzgaron convenientes tutelar. Respecto a la declaración de que el lavado de activos financia el cometimiento de otros delitos, como veremos más adelante, no pasa de ser una mera declaración, por cuanto, referente a ésta, nada decía la ley, si no hasta las reformas introducidas en diciembre del 2010¹⁶.

En el artículo tres la Ley para Reprimir el Lavado de Activos, tenemos que en la misma, se imponen ciertas obligaciones a las instituciones del sistema financiero, como son las de requerir una identificación completa de los clientes, en los que se incluyan los datos personales, ocupación, domicilio, etc., los cuales serán respaldados por documentación que los justifique de manera fehaciente. Estos deberes impuestos a los entes del sistema financiero, obedecen a los instrumentos internacionales, que establecieron las políticas de “Conocer al Cliente”¹⁷ como un mecanismo para la prevención del lavado de activos mediante la utilización de instituciones financieras y de seguros. Toda información respecto de los clientes que posea una institución, por mandato de la ley (artículo tres), también deberá ser almacenada en expedientes de fácil acceso, y deberá ser conservada por la institución, hasta diez años después de la última transacción o finalización de la relación contractual. También, se prohíbe cualquier tipo de apertura de cuenta o transacción de carácter anónimo, es decir, aquella que no cuente con la identificación plena del cliente; procurando de esta manera el conocimiento del beneficiario o constituyente de una transacción financiera, a fin de evitar cualquier tipo de impunidad.

En el mismo artículo citado anteriormente, en los literales c y d, se incorpora la obligación de que las instituciones financieras, registren toda transacción cuyo importe sea igual, o supere

¹⁶ Suplemento del Registro Oficial No 352, de fecha 30 de diciembre del 2010, página 2

¹⁷ Grupo de Acción Financiera, *40 Recomendaciones Para Prevenir el Lavado de Activos*, www.fatf-gafi.org, acceso 18 de enero del 2013.

los diez mil dólares, o aquellas transacciones, que sumadas alcancen dicha cifra, dentro de un periodo de treinta días, las cuales, posteriormente deberán ser reportadas a la Unidad de Inteligencia Financiera dentro de los dos días subsiguientes, reportes, que la Unidad de Inteligencia Financiera deberán recopilar y analizar, para su posterior remisión a la Fiscalía General de estado de ser el caso; nótese que se utilizó la expresión “de ser el caso” tal como la enuncia la norma en cuestión, particular que denota una facultad discrecional que se otorga a la UIF, a fin de que remita a la Fiscalía los reportes que a su criterio constituyan una posible comisión de un delito, constituyendo a la Unidad de Inteligencia Financiera, como un filtro que administra la información que eventualmente podrá obtener la Fiscalía.

Analizando el tipo penal que nos ocupa, debemos mencionar, que el Título IV, Capítulo 1, artículo 14, es la norma propiamente dicha que tipifica por primera vez en Ecuador, la conducta punible del lavado de activos, provenientes de otros delitos distintos a los relacionados con el narcotráfico, norma, que para una mayor ilustración, se transcribe a continuación:

“Art. 14.- Comete delito de lavado de activos el que dolosamente, en forma directa o indirecta:

a) tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice, mantenga, resguarde. entregue, transporte. convierta o se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito;

b) Oculte, disimule o impida, la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito;

c) Preste su nombre o el de la sociedad o empresa, de la que sea socio o accionista, para la comisión de los delitos tipificados en esta Ley;

d) Organice, gestione, asesore, participe o financie la comisión de delitos tipificados en esta Ley;

e) Realice, por sí mismo o por medio de terceros operaciones y transacciones financieras o económicas, con el objetivo de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos; y,

f) Ingreso de dinero de procedencia ilícita por los distritos aduaneros del país.

Los delitos tipificados en este artículo, serán investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delito autónomo de los demás delitos de tráfico ilícito, u otros delitos graves.”

De la norma antes transcrita, podemos concluir que en la tipificación del lavado de activos, se propone un sujeto activo, de carácter indeterminado, es decir, la norma no distingue ni precisa calidad o condición alguna para quien cometa este delito, por lo que puede ser cometido por cualquier persona; así también, la ley presupone y declara, que nos encontramos frente a un tipo penal meramente doloso, particular que excluye la culpa, por propio mandato legal.

Debemos notar también, que el legislador, utilizó una gran cantidad de verbos rectores como; tener, adquirir, transferir, poseer, administrar, utilizar, mantener, resguardar, entregar, transportar, convertir, beneficiarse, ocultar y disimular, los cuales, tienen como única y exclusiva finalidad, el extender la tipicidad, al mayor número de conductas posibles.

Lo manifestado, con anterioridad, respecto a que este delito, abre la posibilidad de juzgar la conducta de blanqueo de capitales, a delitos subyacentes distintos a los de tráfico de drogas, tiene su asidero, en el literal a), del artículo en cuestión, por cuanto como se puede evidenciar, se establece que los activos que se pretendan lavar, deben tener un origen ilícito, sin precisar, que delito los puede generar, dejando abiertas una serie de posibilidades, a cualquier tipo de delitos subyacentes, no solo a los delitos llamados “graves”.

El hecho de ocultar o disimular el origen o vínculos de los activos con una conducta delictiva previa, también se encuentra sancionado en la ley, lo cual, obedece al bien jurídico que el

legislador pretende proteger, que no es otro que la Administración de Justicia, siendo ésta, la directamente interesada en alcanzar la verdad fáctica y sancionar a los responsables de un delito.

Debemos anotar también, que de manera muy particular, la norma en cuestión, sanciona como delito al hecho de prestar el nombre de una sociedad o empresa para el cometimiento del delito de blanqueo de activos, así como también, para quien organice, gestione, asesore o financie delitos relativos al lavado de activos. Conductas con las cuales se sanciona también a terceros, que eventualmente no podrían participar en el delito subyacente, pero su colaboración y participación dentro del cometimiento del delito de lavado de activos si bien es de manera indirecta, se los considera como autores de esta conducta típica.

Como se dijo anteriormente, en lo referente a las definiciones del delito de conversión o transferencia de bienes, muchos han sido los conceptos esgrimidos por la doctrina, pero todos coinciden, que el fin último de estas conductas de disimulación, conversión, ocultación, etcétera; tienen un único fin, que no es otro, que la introducción de los bienes que van a ser blanqueados dentro del torrente económico legal, para evitar su detección, y su posterior aprovechamiento por parte del delincuente u organización criminal. Este fin o finalidad del delito, es considerado como una conducta típica que configura el blanqueo de bienes, por cuanto, el literal e) del artículo 14 de la ley en mención, castiga a quien realicen una transacción financiera que procure dar apariencia de licitud a los bienes objeto del delito de lavado, lo cual como ya se dijo, más que una conducta típica, es la finalidad u objetivo buscado por los grupos delictivos.

Finalmente se incorpora como una de las formas de cometer lavado de activos, al hecho de que ingrese dinero de procedencia ilícita al país, por intermedio de los distritos aduaneros; particular que presupone que el mero hecho de ingresar dinero de procedencia ilícita al país, ya configura el cometimiento del lavado de activos; lo cual, a mi criterio desconoce el proceso o procedimiento para ingresar a la economía lícita los bienes de origen ilegal, característica

especialísima que distingue este tipo penal de otros, o de un simple encubrimiento; por cuanto, el ingresar al país dinero de procedencia ilegal, no supone que el sujeto activo haya lavado activos, ya que podría interpretarse, que éste tan solo está encubriendo un delito previo, donde su afán es procurar que un tercero no sea sancionado por el delito subyacente, mas no blanquear activos de manera dolosa como supone la norma; hechos que este literal no prevé y sanciona como lavador, a quien ingresa dineros de procedencia ilícita al país, sin que necesariamente, se los lave, o los integre al sistema financiero.

En el artículo 14, merece atención, el ultimo inciso de esta norma, el cual realiza una declaración de carácter procesal de mucha trascendencia en nuestra legislación; declaración, que manifiesta e instituye al delito de lavado de activos como una conducta típica autónoma, que deberá tener un procedimiento de investigación y enjuiciamiento independiente de otros delitos, ya sean de tráfico, u otros graves como dispone la norma; particular, que recoge de manera expresa, lo establecido en la Convención de Palermo¹⁸ como ya se indicó.

La ley que nos ocupa, si bien está destinada a sancionar el blanqueo de capitales, también contempla otra conducta típica, (que aunque no supone el lavado de dinero, tiene relación con éste), y es el hecho, de que en el artículo 18, se castiga con prisión de uno a tres años, a aquella persona que dolosamente pretenda incriminar o atribuir falsamente, el cometimiento de los delitos antes enunciados; tipo penal de carácter especial, que solo aplica en caso de que los hechos que falsamente se atribuyan, sean los de participar en un delito de lavado de activos, el cual, será un tipo penal agravado, sancionado con el máximo de la pena, cuando sea cometido por un funcionario público o un empleado privado.

Adicionalmente, y para concluir con las conductas punibles expresadas por la Ley para Reprimir el Lavado de Activos, debemos referirnos a dos tipos de contravenciones que contempla la norma. La primera de ellas, constante en el artículo 19, sanciona con multa de cinco mil a veinte mil dólares a la institución financiera que incumpla su obligación de

¹⁸ Registro Oficial No 153 del 25 de Noviembre del 2005

registrar y reportar las transacciones inusuales o injustificadas, pudiendo llegar a la suspensión de funciones de dicha institución en casos de reincidencia. El segundo caso, contempla una multa de quinientos a diez mil dólares, para quien no declare el ingreso o salida de dinero del país, por montos iguales o superiores a los diez mil dólares.

Ya analizando las penas contempladas para quien comete lavado de activos, debemos referir, que dentro de la Ley para Reprimir el Lavado de Activos¹⁹, se identifican las siguientes sanciones:

- Prisión
- Reclusión
- Multa
- Comiso Especial de Bienes
- Inhabilidad para desempeñar cargos públicos o de dirección de entidades del sistema financiero
- Destitución del cargo público que se ostente
- Extinción de Persona Jurídica

Prisión y Reclusión: Uno de los criterios de determinación, para la imposición de una pena, en el delito que nos ocupa, obedece al monto de los bienes objetos del delito; donde dependerá de la cantidad o valor de activos que hayan sido blanqueados, la pena que sea impuesta al delincuente; así tenemos que cuando el monto es superior a cinco mil dólares, pero no supera los cincuenta mil dólares, la pena aplicable será de prisión de uno a cinco años; en caso de que el monto supere los cincuenta mil dólares, pero no exceda de trescientos mil dólares la pena

¹⁹ Registro Oficial No 127 del 18 de octubre del 2005, Ley Para reprimir el Lavado de Activos, artículo 15: “Cada uno de estos delitos será sancionado con las siguientes penas: 1. Con prisión de uno a cinco años en los siguientes casos: a) Cuando el monto de los activos objeto del delito supere los cinco mil dólares de los Estados Unidos de América, pero no exceda de cincuenta mil dólares; y.

aplicable será de reclusión menor ordinaria de tres a seis años; finalmente, si el monto excede los trescientos mil dólares, la sanción será de reclusión menor ordinaria de seis a nueve años.

Otro criterio, que determinara si la sanción aplicable al infractor es la prisión o la reclusión, es el mecanismo y medios utilizados para la perpetración del ilícito, así tenemos: En caso de que la comisión del delito, no presupone la asociación para delinquir, la pena aplicable es de prisión de uno a cinco años; en el caso de que el cometimiento del delito presupone la asociación para delinquir, pero no la utilización de empresas constituidas, o que se utilizaron entidades financieras para su cometimiento, la pena aplicable es de reclusión menor ordinaria de tres a seis años; y en el caso, de que el cometimiento del delito, fue realizado mediante el uso de empresas legalmente constituidas, o constitución de empresas para este fin, o que se utilizaron entidades públicas para tal efecto, la sanción que corresponde es de seis a nueve años de reclusión menor ordinaria.

Multa: La ley, también establece, que adicionalmente a la pena de carácter personal que se impone al delincuente, se le aplicara una multa, la cual, será equivalente al duplo del monto total de los activos que fueron blanqueados, o que se pretendieron lavar.

Comiso Especial: La Ley para Reprimir el Lavado de Activos,²⁰ contempla que aparte de las penas generales de este delito, como son las de carácter personal (prisión y reclusión) y la sanción pecuniaria, adicionalmente, quien haya sido declarado culpable por el delito de lavado de activos, deberá ser sancionado con la pena de comiso especial de sus bienes, lo cual consiste, en que todos los bienes objetos del delito, deberán pasar al estado, particularmente, a aquella institución que se encargue de la gestión de bienes del sector público.

²⁰ Registro Oficial No 127 del 18 de octubre del 2005, Ley Para reprimir el Lavado de Activos, Artículo 17: “La condena por delito de lavado de activos incluirá la pena de comiso especial de conformidad con lo previsto en el Código Penal y las disposiciones de esta Ley

Inhabilidad para desempeñar cargos públicos o de dirección de entidades del sistema financiero: Como una pena de carácter especial, nos encontramos frente al hecho de que en caso de que quien cometa lavado de activos, sea un empleado público o privado, éste será sancionado con el impedimento de carácter perpetuo de desempeñar cualquier cargo público, o cualquier cargo directivo dentro del sistema financiero o de seguros; con lo cual, se pretende evitar la contaminación del aparataje estatal como del sistema financiero.

Destitución del cargo público que se ostente: Esta sanción, consiste en la destitución del cargo público que desempeñe un individuo, que solo es aplicable, en caso de contravenciones cometidas por funcionarios aduanero, que no exija la declaración de ingreso o salida de valores a quien sale o ingresa al país.

Extinción de Persona Jurídica: Finalmente, la ley establece, que de ser el caso, y de existir condena por lavado de activos, se procederá a la extinción de la persona jurídica utilizada para el cometimiento del delito.

Como se puede anotar, diversas son las sanciones que la ley contemplaba para quien comete lavado de activos, las cuales, para su aplicación, dependen de una serie de conductas fácticas propias de cada caso. Sin embargo, la Ley para Reprimir el Lavado de Activos, se contemplaba como atenuante, (artículo 21 de la citada norma), y disponía que se aplicara, tan solo una cuarta parte de la pena aplicable al autor del delito, si suministra información que conduzca a la identificación de los responsables del ilícito.

Respecto a los bienes incautados, sujetos a medidas cautelares por delitos de conversión o transferencia de bienes, la Ley para Reprimir el Lavado de Activos, estipulaba que estos debían ser entregados al Consejo Nacional para el lavado de Activos, organismo que era el encargado de su administración y custodia, tal como lo dictaba el artículo 22 ibídem. Una vez que se dictaba una sentencia condenatoria, dicha ley, contemplaba que el reparto de los bienes

incautados debía realizarse entre el Consejo Nacional Para el Lavado de Activos, el Consep, la Unidad de Lavado de Activos de la Fiscalía, la Unidad de Inteligencia Financiera, la Dirección de Rehabilitación Social, y las Escuelas de Jueces y Fiscales, en los porcentajes que citaba el artículo 23 de la misma ley. En el caso de que el procesado fuera sobreseído o se hubiere ratificado su estado de inocencia, los bienes que le fueron incautados, debían ser restituidos dentro de un plazo máximo de treinta días.

Finalmente, dentro de las disposiciones generales y transitorias de la Ley para Reprimir el Lavado de Activos²¹, nos encontramos con la Disposición General Tercera, la cual textualmente dispone:

*“**TERCERA.-** El origen ilícito de los activos, así como su carácter de inusual e injustificado, se determinará por los medios de prueba previstos en la legislación ecuatoriana, correctamente aplicados y valorados conforme a las reglas de la sana crítica y a los principios del debido proceso establecidos en la Constitución Política de República.”*

Esta disposición, suprime toda posibilidad de aplicación de otro tipo de prueba que no sea la constante en la ley y la constitución, descartando la prueba por indicios y la inversión de la carga de la prueba como mecanismos de determinación y prueba del delito, los cuales los analizaremos en detalle más adelante, cuando hablemos de la prueba de este delito

1.4. LEY REFORMATORIA A LA LEY PARA REPRIMIR EL LAVADO DE ACTIVOS, PUBLICADA EN EL REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO No 352 DEL 30 DE DICIEMBRE DEL 2010

²¹ Registro Oficial No 127 del 18 de octubre del 2005, Ley Para reprimir el Lavado de Activos

El 30 de diciembre del 2010, en el Suplemento del Registro Oficial No 352, se publicó la Ley Reformatoria a la Ley para Reprimir el Lavado de Activos, la cual introdujo una serie de reformas, que pretenden, a criterio del legislador, sancionar de una manera más eficaz, el cometimiento de conductas tendientes a blanquear activos, así como introduce el objetivo del legislador, para erradicar estas prácticas, y castigar el financiamiento de otros delitos.

A continuación, se procederá a analizar las reformas más relevantes y significativas, introducidas por referida ley reformativa; así tenemos, que en el artículo 1 de la ley reformativa, se sustituye la denominación de Ley para reprimir el Lavado de Activos, por el nombre de “Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos²²”; particular que como se dijo, obedece a una nueva política o intención legislativa de procurar erradicar el blanqueo de capitales, así como el financiamiento de delitos, tal como lo dispusieron las recomendaciones de Gafi²³.

Se introduce en el artículo 1, como finalidad de la ley, el hecho de que se pretenda prevenir, detectar, sancionar y erradicar el lavado de activos, siendo esta última la principal reforma; adicionalmente, se amplía el objeto de la ley, por cuanto, se declara que la sanción para quien transfiera bienes de origen ilícito comprende no solo la transferencias a título oneroso, sino también aquellas efectuadas a título gratuito. Adicionalmente, se cambia el nombre de Unidad de Inteligencia Financiera, por el de Unidad de Análisis Financiero con sus siglas UAF.

Una reforma, que como bien manifiesta el Dr. Ricardo Vaca Andrade, en su artículo denominado Lavado de Dinero y Enriquecimiento Injustificado²⁴, escapó de la atención de los medios de comunicación, grupos sociales y la ciudadanía en general, es el artículo innumerado después del artículo 3, el cual, a decir del referido jurisconsulto, constituye la tipificación

²² Suplemento del Registro Oficial No 352, de fecha 30 de diciembre del 2010

²³ Grupo de Acción Financiera, *40 Recomendaciones Para Prevenir el Lavado de Activos*, www.fatf-gafi.org, acceso 18 de enero del 2013

²⁴ Ricardo Vaca, *Lavado de Dinero y Enriquecimiento Injustificado*, www.analisisjuridico.com, Acceso 13 de enero del 2013

como delito, del Enriquecimiento Ilícito para personas particulares, el cual, sanciona el aumento patrimonial injustificado, e impone a varios sectores económicos, la obligación de reportar a la Unidad de Análisis Financiero, toda actividad que realicen por los mismos montos que se exigen para el Lavado de Activos, es decir, más de diez mil dólares, o su sumatoria equivalente, dentro de un periodo de treinta días. Respecto a esta norma, nos referiremos más adelante en detalle, cuando hablemos del delito de Enriquecimiento Ilícito, como delito conexo al Lavado de Activos.

Otra de las reformas introducidas, constituye el hecho de que en el literal f) del artículo 14, se extendió el hecho de que, no solo comete lavado de activos quien ingrese al país dinero proveniente de actividades delictivas, sino también lo comete, quien “egrese” dinero de procedencia ilícita; extendiéndose de esta manera la conducta típica no solo al hecho de introducir en el país capitales de origen delictivo, sino también, al hecho de sacar del país capitales o bienes ilícitos.

Como se recordará, en la Ley para Reprimir el Lavado de Activos, en el artículo 15, se establecían las distintas penas para quien comete blanqueo de bienes, y se establecían los distintos montos de los cuales dependía la sanción. Esta ley, en el literal a), del artículo antes mencionado, contemplaba el hecho de que era sancionado con prisión de uno a cinco años, quien cometía delito de lavado por un monto superior a cinco mil dólares, pero que no exceda de cincuenta mil dólares; es decir, se contemplaba un monto mínimo para la sanción, que era de cinco mil dólares como ya se dijo. Mediante las reformas en análisis²⁵, se elimina este monto mínimo, y se cambia ese texto extendiendo el cometimiento del delito a cualquier cifra, por cuanto, la reforma, dispuso que el texto sea el siguiente: “a) cuando el monto de los activos objeto del delito no exceda de cincuenta mil dólares, y;”; con lo cual, el lavado de activos en la actualidad es punible aunque sean solo centavos los que se hayan blanqueado.

²⁵ Suplemento del Registro Oficial No 352, de fecha 30 de diciembre del 2010

En el artículo 19, se introduce la sanción, para el funcionario obligado a informar la salida o ingreso de divisas por montos superiores a los diez mil dólares, imponiéndose una multa de quinientos dólares, a veinte mil dólares en caso de incumplimiento; multa que no exime el cumplimiento del reporte, y se faculta a la UAF, a fin de que remita un informe a la autoridad de control a la que esté sujeta el infractor, para que ésta lo sancione. Así también, para la persona que omita esta declaración el momento de su ingreso o salida del país, se introduce una pena pecuniaria o multa, equivalente al treinta por ciento de los valores no declarados.

Como un mecanismo de control, en el artículo 19, se agrega la prohibición para cualquier persona o institución, de realizar capacitaciones en materia de lavado de activos, si no cuentan con la autorización de la Unidad de Análisis Financiero.

Como una de las reformas más trascendentes, se deroga²⁶ el artículo 21 de la Ley Para Reprimir el Lavado de Activos, que contenía como atenuante para ser sancionado solo con la cuarta parte de la pena en caso de que se proporcione información que ayude a determinar e identificar a los autores del ilícito; así también, se deroga todo el título quinto, con sus artículos 22, 23, 24, referentes al destino y administración de los bienes incautados, y aquellos sujetos a medidas cautelares, disponiendo que los bienes que estaban en poder del Consejo Nacional Contra el Lavado de Activos, pasen a un régimen de administración temporal y de mero depositario, a cargo del CONSEP, hasta que éste entregue a una entidad que deberá ser creada para este efecto.

Para finalizar con las reformas introducidas, debemos referirnos a un nuevo tipo penal introducido, el cual, no consta incorporado dentro del texto de la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos, si no

²⁶ Suplemento del Registro Oficial No 352, de fecha 30 de diciembre del 2010, segunda disposición derogatoria dice: SEGUNDA.- Deróganse el artículo 21 y el Título V, con sus artículos 22, 23 y 24, de la Ley para Reprimir el Lavado de Activos; y, el Reglamento General a la Ley para Reprimir el Lavado de Activos, publicado en el Registro Oficial No. 256 de 24 de abril de 2006 y todas sus reformas.

que por disposición de esta misma norma, consta a continuación del artículo 166 del Código Penal, norma que dispone:

“Art.Quienes dolosamente, en forma individual o colectiva, de manera directa o indirecta, por cualquier medio, proporcionen, ofrezcan o recolecten fondos o activos para financiar en todo o en parte, con recursos lícitos o ilícitos, la comisión de los delitos tipificados en este Capítulo, serán sancionados con las mismas penas establecidas para el delito financiado.

El delito tipificado en este artículo será investigado, enjuiciado, fallado o sentenciado por el tribunal o la autoridad competente como delito autónomo de otros delitos tipificados en este Capítulo, cometidos dentro o fuera del país.”

Con la introducción de este nuevo tipo penal, el legislador desarrolló el fin buscado por la ley, el cual no es otro que sancionar el financiamiento de delitos, pero la conducta típica introducida, tiene ciertas peculiaridades; como son el hecho de que se contempla el financiamiento de delitos, con capitales lícitos, y no solamente ilícitos, como disponían las recomendaciones del Gafi²⁷; así también se declara que este delito, tiene el carácter de autónomo, y su pena será igual a la del delito financiado.

Como se establece del análisis realizado a la ley antes mencionada, y sus posteriores reformas, la conducta típica de blanquear capitales, por voluntad del legislador, abarca un sinnúmero de conductas, en las cuales, fácilmente puede incurrir cualquier ciudadano, muchas veces sin voluntad de hacerlo, ya que como se ha demostrado, los alcances de los grupos delictivos escapan a la propia imaginación, siendo ésta la motivación fundamental para tipificar esta vasta cantidad de comportamientos como punibles. Lastimosamente, como es común en nuestro país, un tipo penal tan amplio y abierto, se presta como un mecanismo de persecución, desnaturalizando de esta manera el fin mismo de la ley, en detrimento de la causa pública, tal

²⁷ Grupo de Acción Financiera, 40 Recomendaciones Para Prevenir el Lavado de Activos, www.fatf-gafi.org, acceso 18 de enero del 2013

como lo veremos más adelante en el capítulo referente al Juzgamiento del Lavado de Activos en Ecuador.

2. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE LAVADO DE ACTIVOS

Para adentrarnos en el estudio de la tipología y elementos constitutivos del tipo penal de Lavado de activos o Blanqueamiento de Bienes, es necesario en forma inicial, determinar el proceso o fases que supone el cometimiento de esta conducta típica; es por ello que a continuación, procuraremos precisar de la manera más clara posible las etapas que atraviesa el delito; así tenemos que según la opinión generalizada de la doctrina se identifican tres etapas en el delito que nos ocupa, estas son:

- **Primera Etapa:** Introducción, Situación o Colocación
- **Segunda Etapa:** Conversión, Transformación, o Estratificación
- **Tercera Etapa:** Integración o Inversión

Introducción, Situación o Colocación: A decir del autor Hernando Hernández²⁸, la fase de situación o colocación consiste en introducir capitales, fondos o bienes, de origen siempre ilícito, en el sistema financiero, principalmente caracteriza a esta etapa, el ingreso de activos (generalmente dinero en efectivo) a instituciones bancarias, ingreso, que a fin de evitar los controles estatales sobre grandes cantidades, muchas veces es fraccionado en favor de varios beneficiarios, en montos que no suponen la obligación de declararlos ni de ser reportados por los entes financieros; aduce, que si bien esta es la etapa en apariencia más sencilla, en la actualidad, es la que mayores complicaciones va generando a las organizaciones delictivas, debido a todas las políticas de control introducidas en el sistema económico y a los diversos

²⁸ Hernando Hernández, *El Lavado de Activos*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Segunda Edición, 1997, página 29

instructivos internos que procuran la detección de estos movimientos. Dice también el autor, que la política estatal, está dada para detectar en esta etapa dineros provenientes de actividades ilícitas, por ser la que más fácilmente puede revelar a los autores del delito por ser la más próxima en la cadena, ya que una vez ingresados al torrente económicos, estos bienes, son fácilmente confundibles con activos de origen lícito.

Conversión, Transformación, o Estratificación: Como nos lo precisa el Dr. Ricardo Vaca Andrade²⁹, esta etapa supone la realización de una serie de movimientos en la economía, de los activos que deben ser blanqueados, que procuran eliminación del rastro o la conexión con el delito previo; movimientos que como explica Ulises Torres³⁰ pueden constituir transferencias, pagos o canjes en otros instrumentos fácilmente negociables, que por su monto o proceso de negociación, dificultan el control estatal. Es en esta etapa, en la cual se utiliza a compañías legalmente constituidas, u otras empresas que se crean para este funesto propósito, a fin de procurar la disimulación del origen de los activos, mediante el ejercicio económico aparentemente legal de la misma.

Integración: Esta es la última etapa del proceso de lavado, la cual como manifiesta el FELABAN³¹, consiste en la recirculación o retorno de los capitales de origen ilícito transformados en negocios o activos de apariencia legítima; es en esta etapa en la cual, los delincuentes disfrutan del dinero mal habido, disfrazado como activos lícitamente obtenidos, los cuales, continúan su proceso de disimulación a través de más y más transformaciones, como son la compra de bienes suntuarios o de lujo o inversiones en compañías pantalla, entre otros.

²⁹ Ricardo Vaca, *El delito de Lavado de Activos en Ecuador*, Guayaquil, Editorial Edino, 2004, página 7

³⁰ Ulises Torres, *El Delito de Lavado de Activos*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, Primera Edición, 2010, página 37

³¹ Federación Latinoamericana de Bancos FELABAN, http://www.felaban.com/coplaft/definicion01_1.html, Acceso 22 de abril del 2013.

Como se indicó en el capítulo anterior, cuando analizamos el antecedente internacional del delito de blanqueo de bienes, y el antecedente nacional, nos encontramos frente a un delito de carácter autónomo, el cual, como nos explica Ulises Torres Soto³², goza de tal característica, por cuanto tuvo su origen como un tipo penal derivado de conductas punibles de narcotráfico, particular, que posteriormente, con la evolución de los diversos sistemas jurídicos, se determinó, que estos ilícitos, no eran los únicos que aportaban grandes sumas de dinero y altas cantidades de activos que requerían ser lavados, sino que también existían delitos como el tráfico de armas, tráfico de órganos y personas, peculado, cohecho, entre otros, que generaban riquezas mal habidas que eran introducidas con la apariencia de licitud en el sistema financiero. Es por ello, que como una política penal, se decidió a nivel internacional, dotar de autonomía a este tipo penal, a fin de facilitar su detección y juzgamiento y que las autoridades judiciales no dedique mucho tiempo a determinar la existencia de un delito previo

Para adentrarnos más, técnica y jurídicamente en el estudio del tipo penal de lavado de activos, es necesario analizar cada uno de sus elementos constitutivos, como lo son el bien jurídico protegido, los sujetos activos que pueden cometerlo, así como las víctimas o sujetos pasivos que pueden ver vulnerados sus derechos con la perpetración de tal ilícito; el cual, como quedo establecido en capítulos anteriores, tiene consecuencias nocivas para la sociedad.

2.1. SUJETO ACTIVO

Ampliamente en la doctrina se ha debatido acerca de los sujetos que pueden cometer el delito materia de este estudio, y para referirnos a las consideraciones expresadas por los diversos autores, debemos previamente determinar si se trata de un delito impropio, o acaso de un delito propio; para ello, debemos definir, que constituye cada uno de estos presupuestos. Es por ello, que creemos pertinente el citar lo que dice el tratadista Marco Antonio Terragni³³,

³² Ulises Torres, *El Delito de Lavado de Activos*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, Primera Edición, 2010, página 18

³³ Delitos Propios de los Funcionarios Públicos, Ediciones Jurídicas Cuyo, págs. 51, 1976

respecto a cada uno de estos tipos de delito, así tenemos que según el mencionado autor, es delito propio aquel que: “Las figuras que aluden al sujeto activo: funcionario, cónyuge, tutor, padre, etcétera, dan origen a lo que se denomina *delitos propios*. En ellos está limitado el círculo de las personas que pueden ser autores. Esas calidades son elementos típicos personales, objetivos del autor. Si no concurren no puede existir un autor” y por otra parte es un delito de sujeto activo indeterminado, aquel que no supone una condición especial o específica para el autor

De lo anotado y referido por dicho autor, podemos concluir que el delito de Lavado de Activos, no se enmarca en la categorización de un delito propio, por cuanto, esto presupondría que el autor del mismo debería ostentar algún tipo de calidad o cualidad para su cometimiento, tal como supone el caso del Enriquecimiento Ilícito³⁴ por ejemplo, se requiere necesariamente, que el autor del mismo, ostente la calidad de funcionario público, o que preste un servicio público; otro ejemplo que podría ilustrar de mejor manera podríamos encontrarlo en el delito de Prevaricato³⁵, referente a la actuación de los jueces y otros servidores de justicia, ya que en este caso, si el sujeto activo, o autor del delito de prevaricato, no ostentaría la calidad de funcionario judicial, caeríamos en que esta conducta no le podría ser atribuible, por cuanto estamos frente a un delito propio de funcionarios judiciales, y no se le podrá atribuir el cometimiento de este ilícito a quien no ostente dicha calidad.

Como queda determinado, no se trata de un delito propio, porque no se establece ningún tipo de característica especial para el autor del mismo, por lo que podemos concluir, que se encuentra dentro de la categorización de delitos comunes o delitos de sujeto activo indeterminado.

³⁴ Registro Oficial Suplemento 147 del 22 de enero de 1971, Artículo innumerado luego del artículo 296

³⁵ Registro Oficial Suplemento 147 del 22 de enero de 1971, Artículo 277

Evidentemente, en la práctica sucede que no es una sola persona la que se dedica a lavar dinero, por lo general son grandes y complicadas asociaciones delictivas cuya actividad se especializa en este tipo de conductas; asociaciones que en muchos casos como lo explica Tomas Aladino Gálvez³⁶, nada tienen que ver con el delito previo o subyacente. Esto obedece a que las grandes mafias, buscan la especialización en sus actividades, utilizando para sus ilegalidades a profesionales especializados en distintas ramas, como pueden ser abogados, contadores, notarios, quienes por la calidad profesional que ostentan, pueden colaborar con la organización criminales, constituyendo aparatajes societarios que aprovechan las falencias legales lo cual sirve a satisfacer el objetivo de blanquear activos, inclusive, podemos llegar a determinar, como lo afirma el autor, que para la obtención de sus oscuros propósitos, los delincuentes, no dudarán en sobornar a funcionarios públicos a fin de evitar cualquier tipo de contratiempo en sus pretensiones. Debemos precisar como lo manifiesta el autor referido, que muy pocas veces, el autor del delito previo o subyacente es el autor del delito de blanqueo de capitales, por cuanto, la experiencia indica, que esta actividad generalmente es encargada a terceros; aunque existen muchos casos, en que es el mismo autor del delito determinante, el que se encarga de dirigir las actividades de blanqueo; particular que como quedo establecido en el numeral anterior de este capítulo, respecto a la autonomía del delito, nos obliga a determinar, si el autor del delito previo, puede o no ser juzgado por el delito de lavado de activos.

Referente al hecho citado, en la doctrina podemos encontrar dos posturas claramente definidas, la una niega la posibilidad de que el autor del delito previo pueda ser sancionado por el blanqueamiento de activos y la otra postura, se inclina a que el autor del delito previo, pueda ser procesado y juzgado por el delito de conversión o transferencia de capitales, así tenemos que:

³⁶ Tomas Gálvez, *El Delito de Lavado de Activos*, Lima, Instituto de Derecho y Justicia, Segunda Edición, 2009, página 156

- Gonzales Rus, citado en la obra de Tomas Gálvez³⁷, está defendiendo la primera postura, y refiere que el autor del delito determinante, sea cual sea su naturaleza, no podría ser castigado por el cometimiento de lavado de activos, por cuanto para este autor, el sujeto activo del delito subyacente, al cometer la conversión o transferencia de bienes, tan solo se encuentra dentro de los referidos “actos posteriores impunes” por cuanto, el blanqueamiento de los bienes que le produjo el ilícito precedente, es solo una consecuencia evidente del delito perpetrado, y solo constituye su actuación actos de agotamiento del delito determinante, y el hecho de castigar a alguien por su cometimiento, vulneraría el principio de *nobis in idem*³⁸, ya que las actuaciones posteriores al cometimiento del delito previo (en este caso convertir o transferir bienes), constituirían un doble juzgamiento por una misma actuación.

La critica a esta posición, viene en el sentido que refiere el mismo autor citado en líneas anteriores (Tomas Gálvez³⁹), respecto al hecho de que el bien jurídico protegido en el delito previo, y en el delito de conversión o transferencia de activos, son distintos, motivo por el cual, con esta postura, se estaría dejando en la impunidad la afectación al bien jurídico que protege el delito de lavado, el mismo que es distinto del delito previo.

Otro de los autores que apoya esta posición doctrinaria, es Caty Rodríguez Vidales⁴⁰, quien manifiesta, que cuando el autor del delito subyacente, incurre en lavado de activos, simplemente pretende aprovecharse del llamado “autoencubrimiento”, el cual, por mandato constitucional y legal, le sería facultado, por cuanto, nadie puede ser obligado a autoincriminarse⁴¹ o producir prueba o declaración alguna en contra de sí mismo. Lo que la autora manifiesta, obedece al hecho que a su criterio, los casos en los que coincide el autor del delito previo y el de blanqueo, deben ser considerados como una forma de encubrimiento, debido a que lo que pretende el criminal es aprovechar los beneficios de su ilícito, y no sería

³⁷ Tomas Gálvez, *El Delito de Lavado de Activos*, Lima, Instituto de Derecho y Justicia, Segunda Edición, 2009, página 185

³⁸ Cabanellas Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Edina, 1999

³⁹ Tomas Gálvez, *El Delito de Lavado de Activos*, Lima, Instituto de Derecho y Justicia, Segunda Edición, 2009, página 68

⁴⁰ Tomas Gálvez, *El Delito de Lavado de Activos*, Lima, Instituto de Derecho y Justicia, Segunda Edición, 2009, página 69

⁴¹ Registro Oficial No 449 del 20 de octubre del 2008

punible su conducta de lavado de activos, por no constituir más que un encubrimiento del ilícito que el mismo perpetró.

La crítica a esta postura, (como refiere el mismo autor que critico la primera teoría), vendría en el sentido de que esta sería una concepción cuyas consecuencias desde el punto de vista político criminal crearían un efecto contrario a la voluntad del legislador, desencadenando en la impunidad del lavado de activos, ya que los criminales, aprovechando esta ventaja que les ofrecería el ordenamiento jurídico, permitiría que sean ellos mismos, quienes se dediquen a lavar los activos producto de sus fechorías, dejando de utilizar a terceros, buscando aprovecharse de que su conducta no sería punible, permitiendo el aprovechamiento del fruto de sus delitos, lo cual se contrapone con toda normativa y principio que motiva la tipificación del lavado de activos, desnaturalizando los fines y la existencia misma del delito.

- La otra postura, respaldada por un mayor número de autores, sugiere que el autor del delito previo si puede ser procesado por la conversión o transferencia de bienes, tal y como refiere Prado Saldarriaga⁴², al determinar que este supuesto constituye una fiel aplicación de la tendencia político-criminal actual, que refiere que es posible el juzgamiento por ambos delitos al no existir prohibición legal al respecto; además que incluso no se podría condicionar la participación en este delito al hecho de no haber participado en el delito previo, lo cual, respaldaría y sería sustentado por el principio de autonomía del delito, establecido anteriormente en este trabajo.

No podemos dejar de considerar, una postura bastante interesante, propuesta por Tomas Gálvez⁴³, quien propone una teoría mixta para determinar si es posible o no el juzgamiento del autor del delito previo por cometer lavado de dinero. El autor refiere que para llegar a una respuesta de las dos tendencias doctrinarias, es necesario atender a los verbos rectores utilizados en la tipificación del blanqueo de capitales y a las circunstancias específicas de cada

⁴² Tomas Gálvez, *El Delito de Lavado de Activos*, Lima, Instituto de Derecho y Justicia, Segunda Edición, 2009, página 71

⁴³ Tomas Gálvez, *El Delito de Lavado de Activos*, Lima, Instituto de Derecho y Justicia, Segunda Edición, 2009, página 72

caso. Para explicar con mayor precisión lo planteado por el autor, deberemos partir del supuesto que el autor del delito previo, también es autor del delito de blanqueo de capitales, así que para determinar si es punible o no su conducta hay que determinar en el caso concreto, cuáles fueron los verbos rectores que se verificaron al lavar dinero, presentándose dos alternativas propuestas por Gálvez:

En la primera, los verbos rectores verificados son, la conversión y transferencia, lo que supone que al introducir bienes ilícitos en el sistema económico, si se estaría afectando a los bienes jurídicos protegidos por el blanqueo (análisis más adelante), por cuanto estos verbos suponen necesariamente la introducción, o pretensión de introducir, un bien ilícito en la economía, afectando un bien jurídico distinto de aquel lesionado con el delito previo, motivo por el cual, verificando que la conducta del delincuente ha afectado dos bienes jurídicos distintos, mediante la comisión de dos actos distintos (delito previo y delito de lavado), a criterio del autor, la punibilidad por ambos hechos es irreprochable.

En el segundo presupuesto, se presenta una curiosa posibilidad de interpretación que refiere Gálvez, por cuando dice que si los verbos verificados son los de ocultamiento y tenencia, estaríamos frente a un hecho no imputable para quien cometió el ilícito precedente, ya que estos verbos, suponen conductas de ocultamiento o disfrute de un bien determinado, sin que exista la condición necesaria de que se pretenda introducirlos en la economía lícita, buscando dotarlos de apariencia de legalidad, como supone el delito de Lavado de Activos, motivo por el cual, no se encontrarían reunidos todos los presupuestos del tipo penal, por lo que caeríamos en una evidente fase de agotamiento del delito precedente, y por tanto, no sería punible para quien cometió ambas conductas; fundamenta también su aseveración, en el Principio de Consunción, el cual según el autor, presupone que el delito previo, o el más grave, consume al segundo o al menos grave, atribuyéndose la responsabilidad tan solo por uno de los delitos.

Luego de haber analizado las tendencias de la doctrina mundial, podemos concluir que en Ecuador, el legislador habría optado por la segunda alternativa, determinando que los sujetos

activos del delito de lavado de activos puede constituirlo cualquier persona, sin que medie condición alguna que sea necesaria verificar para su juzgamiento, ya que la ley no prevé, la mencionada condición negativa de, “no haber participado en el delito subyacente”, y además al declarar como delito autónomo⁴⁴ al Lavado de Activos, presupone la posibilidad de que si se pueda juzgar a quien cometió el ilícito previo por incurrir en lavado de activos.

2.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Como ya se podrá ir vislumbrando, nos encontramos frente a un tipo penal muy polémico, amplio, y relativamente nuevo dentro de la legislación mundial, el cual como ya se dijo, tiene su origen en la lucha contra el tráfico de estupefacientes, así como en la lucha contra la delincuencia organizada y el financiamiento del terrorismo, lo que hace aun más difícil la determinación de cuál es el bien jurídico, que el legislador pretende proteger mediante la tipificación del delito de lavado de activos. Es por ello, que se vuelve importante el establecer, cual fue la ratio legis, para la punibilidad de este tipo penal.

Tratando de aclarar este particular, múltiples son las teorías que se han propuesto para determinar cuál sería el bien jurídico protegido por el Lavado de Activos, a continuación me referiré en detalle a cada una de ellas.

- **Teoría del Bien Jurídico Salud Pública.**- Expuesta por el profesor Aladino Gálvez⁴⁵, quien refiere que esta corriente doctrinaria se remonta a la Convención de Viena de 1988, mediante la cual, se introdujo como delito autónomo, al lavado de activos; pero con una peculiaridad o condición especial, que no es otra que el delito previo, que originó los bienes que se pretenden lavar, tiene necesariamente que ser un delito relacionado con el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y siendo la salud pública, el bien jurídico que

⁴⁴ Registro Oficial No 127 del 18 de octubre del 2005, Ley Para reprimir el Lavado de Activos, Artículo 14

⁴⁵ Tomas Gálvez, *El Delito de Lavado de Activos*, Lima, Instituto de Derecho y Justicia, Segunda Edición, 2009, página 281

protegen los delitos referentes a drogas, el lavado de activos también protegía el mismo bien jurídico. Esta concepción fue adoptada en nuestra legislación, mediante la expedición de la Ley Para el Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, la cual ubicaba al lavado de activos dentro de los delitos referente al narcotráfico que buscaban proteger la salud pública, desconociendo o inobservando que los delitos referentes al tráfico ilícito de drogas no son los únicos crímenes que generan grandes cantidades de bienes o dinero que es lavado por las organizaciones criminales, siendo esta la principal razón del desfase social que presentó esta teoría, la cual estuvo vigente en nuestro ordenamiento hasta antes de la expedición de la Ley Para Reprimir el Lavado de Activos en el año 2005.

- **Teoría del Bien Jurídico protegido Administración de Justicia.-** Según el planteamiento de Gómez Pavón⁴⁶, el bien jurídico protegido por este tipo penal, no es otro que la Administración de Justicia, entendido no solo como la búsqueda de sanción a quien comete un delito, si no en su sentido más amplio, referente al hecho de la que lo que en verdad se pretende es el velar por el cumplimiento y aplicación de todas las normas que integran el sistema jurídico como tal. Para apoyar esta teoría, el autor equipara la figura de lavado, con un tipo especial de encubrimiento, por cuanto, según su criterio, lo que se pretende es ocultar de la administración de justicia el producto del ilícito, pretendiendo de esta manera evadir la sanción penal correspondiente, ya que el proceso dinámico que supone el blanqueamiento tiene como única finalidad desvincular los bienes ilícitos del delito que los originó, para poder aprovecharlos de manera libre, lejos de los controles y regulaciones estatales.

La crítica a esta tesis, la expone en detalle Carlos Suarez González⁴⁷, citado por Tomas Gálvez, quien sostiene que es un error el proponer como único bien jurídico protegido a la administración de justicia, ya que, se está dejando de lado el hecho que el blanqueamiento de activos, supone un procedimiento de varias etapas, en las cuales, un bien determinado, es convertido y transferido en bienes de distinta clase y naturales, y es precisamente este

⁴⁶ Hernando Hernández, *El Lavado de Activos*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Segunda Edición, 1997, página 22

⁴⁷ Tomas Gálvez, *El Delito de Lavado de Activos*, Lima, Instituto de Derecho y Justicia, Segunda Edición, 2009, página 42

procedimiento el que vulnera otros bienes jurídicos de carácter económico; inclusive se debe considerar, que el fin último del lavado de activos no presupone el mero ocultamiento o tenencia de un bien de origen ilícito, sino lo que se pretende sancionar, es la manera como este bien jurídico es introducido en una economía lícita buscando que se confunda con los demás bienes obtenidos mediante un procedimiento legal, para su posterior disfrute y disposición, lejos de los controles gubernamentales.

- **Teoría del Bien Jurídico Protegido Orden Socio-Económico**, donde uno de los principales exponentes es José Luis Diez⁴⁸, quien aduce que su tesis, recoge el pensamiento de la mayoría de la doctrina penal, al referir que, la implicación del orden socio-económico, representa al interés estatal por conservar el sistema financiero bajo su control y bajo los presupuestos y políticas económicas. Bajo estas consideraciones establece el autor, que dependerá de la forma en la que se tipifique el lavado de activos, para determinar, si estamos frente a una protección al orden socio-económico de forma “amplia” o “restringida”; así tenemos que la protección será “amplia”, si la tipificación arroja elementos constitutivos, que en apariencia protegen otros bienes jurídicos, (como sería el caso de que se tome la teoría anterior y se proteja a la Administración de Justicia), el orden socio-económico vendría a ser otro bien jurídico protegido, pero a largo plazo, siendo efectuada su protección, de una manera indirecta, ya que al penalizar el lavado, protegiendo otros bienes jurídicos, indirectamente se ve beneficiado el orden socio-económico. Por otra parte, si partimos de una concepción “restringida” deberemos entender, que lo que se busca proteger, es que el sistema financiero, actúe de acuerdo a las reglas de mercado y principios económicos dictados por el Estado, con lo cual, se entenderán reunidos dentro de este bien jurídico, como objetos de protección a todo derecho de carácter económico que asiste a los partícipes de la economía, tal como podría ser la libre competencia.

⁴⁸ Ricardo Vaca, *El delito de Lavado de Activos en Ecuador*, Guayaquil, Editorial Edino, 2004, página 7

La objeciones a esta teoría no podían faltar, y la refiere Fabián Caparros⁴⁹, al manifestar que económicamente hablando, no son tan precisas las afectaciones al sistema financiero, por cuanto, no todos los efectos del lavado de activos son necesariamente nocivos para éste; refiere que no todos los efectos son perjudiciales, por cuanto el ingreso al torrente económico de altas cifras de dinero, constituye la inyección de capital necesario que mueve toda economía de mercado, y sus consecuencias pueden incluso llegar a ser beneficiosas desde un punto de vista netamente económico, ya que, los bienes lavados, (en este caso nos referimos al dinero en particular) genera fenómenos como la inversión en distintos sectores de la economía, incrementando plazas de trabajo, nivelando la balanza de pagos, obras de carácter civil, e implementación de mas bienes y servicios, por lo que a su criterio, el orden socio-económico, no constituye más que un objetivo desde el punto de vista “político criminal”, y no un bien jurídico protegido en estricto sentido.

- **Tesis del Bien Jurídico Seguridad Interna del Estado.-** como refiere el Dr. Ricardo Vaca Andrade⁵⁰, existe cierta corriente doctrinaria proveniente de Alemania, que considera, que este delito, lo que busca en sí, es la prevención de hechos delictivos futuros, motivo por el cual, lo que se procura evitar es que la seguridad interna del estado sea vulnerada con conductas ilícitas en lo posterior, basando dichas afirmaciones en la vinculación existente entre el delito de conversión y transferencia de bienes con la criminalidad organizada.
- **Tesis del Bien Jurídico Protegido Libre Competencia.-** Esta tesis deviene de una postura planteada por García Caveró⁵¹, quien con cierta razón, concluye que referir que lo que se pretende es cuidar el orden socio-económico, es un concepto demasiado amplio, que encierra un conjunto de bienes que eventualmente podrían ser afectados por la conducta típica, y es por esta misma razón la imprecisión de esta tesis agrega.

⁴⁹ Tomas Gálvez, *El Delito de Lavado de Activos*, Lima, Instituto de Derecho y Justicia, Segunda Edición, 2009, página 45

⁵⁰ Ricardo Vaca, *El delito de Lavado de Activos en Ecuador*, Guayaquil, Editorial Edino, 2004, página 18

⁵¹ Tomas Gálvez, *El Delito de Lavado de Activos*, Lima, Instituto de Derecho y Justicia, Segunda Edición, 2009, página 47

Con la finalidad de determinar de una manera más certera el bien protegido, concluye el autor, que es necesario determinar, dentro del orden socio-económico, cual es en efecto, el bien más afectado por la conducta punible; llegando a concluir, que el punto de partida, debe ser el libre mercado, por una de las características y presupuestos que buscado por la mayoría de principios económicos, así concluye, la libertad de mercado, presupone una igualdad de condiciones para los sujetos que intervienen e interaccionan en el sistema financiero, particular que debe ser garantizado por el Estado, a fin de asegurar que las políticas y presupuestos económicos se cumplan, lo cual le lleva a afirmar, que en caso de que un mercado, se vea afectado por la intromisión de bienes de origen ilícito en determinado sector de la economía, generaría una desigualdad manifiesta entre los partícipes de dicho mercado; para explicar de mejor manera este particular, es procedente ejemplificarlo para un mayor entendimiento: Supongamos que un sujeto “X” es un comerciante e importador legal de mercadería, habiéndose dedicado a esta actividad más de treinta años, lo cual, le ha llevado a obtener un patrimonio para su actividad de \$100.000, el mismo que es reinvertido en el giro del negocio. Por otro lado hace unos pocos meses, el sujeto “Z” ha incursionado en la importación y comercialización de la misma mercadería que negocia “X”, pero en este caso, “Z” tuvo el aporte de cierto sector de la delincuencia organizada quien le confió \$150.000 para que sean lavados. En el primer caso, X, tuvo un proceso de treinta años para amasar un patrimonio lícito, el cual fue producto de años de trabajo, pagos de impuestos, obreros y mercadería, llegando a tal suma como resultado de una actividad lícita, donde el patrimonio adquirido, ha tenido un alto costo de producción. Por otro lado, el individuo “Z”, acaba de introducirse al mercado, en mejores condiciones que las de X, con un capital neto, que no le ha ocasionado ningún tipo de costo de producción; particular, que evidentemente vulnera el presupuesto económico de igualdad de condiciones, ya que X, verá como repentinamente crece competencia en su negocio, la cual esta favorecida por un capital de costo cero, lo que lleva a una eficiencia neta de las actividades de Z, quien por tener un margen de ganancia más alto, podrá jugar con los precios y valores del mercado, perjudicando los intereses del comercio lícito de X. Podríamos decir que este es un fenómeno económico que se produce en muchos sectores y que la pérdida que eventualmente tendrá X en sus actividades se deben a su falta de competitividad frente a empresas más fuertes; pero debemos aclarar que en este caso, si ambos sujetos hubieran contado con las mismas condiciones, se hubiera podido prevenir la

creciente actividad de Z, permitiendo un desarrollo sustentable del mercado. Hay que aclarar un aspecto importante en el comportamiento del lavador, que es una de las razones por las que a criterio del autor se afecta a la libre competencia, y es el hecho de que si bien la inversión e inyección de capitales ilícitos no resulta en todo perjudicial, afecta al bien jurídico mencionado, por cuanto, éstos fondos no son invertidos de acuerdo a los presupuestos y tendencias de la economía, como sería el hecho de buscar la rentabilidad de la inversión, en el sector cuya tasa de retorno sea superior a otro; pero por cuanto la finalidad última del delincuente no es la de obtener una ganancia superior, si no lavar dinero ilícito, donde los controles legales se dificulten, genera comportamientos en el mercado distintos, que afectan la libertad de competencia de una economía lícita basada en principios y tendencias económicas, propias de la libertad de competencia.

- **Tesis de la Pluriofensividad.**- esta teoría explicada por el Dr. Ricardo Vaca⁵² refiere que nos encontramos frente a un tipo penal, cuya conducta por parte del delincuente, vulnera varios bienes jurídicos, debido a que este es un delito que se caracteriza más allá de la ocultación o disimulación del origen ilícito, por el proceso dinámico que supone, y es este proceso el que en su desarrollo va afectando bienes jurídicos distintos. Respaldando lo aseverado por el Dr. Ricardo Vaca, se encuentra Fabián Caparros⁵³, quien manifiesta que la pluralidad de bienes afectados por el delito de blanqueo, lo constituyen el orden socio-económico, la administración de justicia, y de manera mediata la salud pública, catalogando a este delito como “pluriofensivo” el cual afecta a intereses jurídicos relevantes como los antes mencionados.

2.3. SUJETO PASIVO

⁵² Ricardo Vaca, *El delito de Lavado de Activos en Ecuador*, Guayaquil, Editorial Edino, 2004, página 22

⁵³ Tomas Gálvez, *El Delito de Lavado de Activos*, Lima, Instituto de Derecho y Justicia, Segunda Edición, 2009, página 48

Si tomamos como punto de partida, lo analizado en el subcapítulo anterior, referente a los distintos bienes jurídicos que pueden ser afectados con la conducta típica, podemos concluir sin lugar a duda, que el sujeto pasivo de este delito lo constituye el Estado, particular que como bien lo manifiesta Ulises Torres Soto⁵⁴ es evidente, por cuanto, si partimos de la concepción de que el ilícito en cuestión protege el orden socioeconómico, el único titular de este derecho, será el Estado, por cuanto, es él, quien dicta todas las políticas económicas en el sistema financiero, y el único encargado de velar por el cumplimiento de que todos estos presupuestos se cumplan, convirtiéndose en el único sujeto pasivo del delito.

Si partimos de la concepción de que el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia, como refiere el mencionado autor, el Estado, el único encargado de esta actividad, es , el obligado a dotar de la confianza necesaria a la sociedad y velar por que el marco jurídico sea efectivamente cumplido, y precisamente en materia penal, la búsqueda de la sanción a quien cometió una infracción, particular que le corresponde de manera exclusiva por las facultades otorgadas a él, por parte del pueblo soberano

Finalmente concluye que, con la teoría de la pluriofensividad caeríamos en los mismos presupuestos anteriores sin lugar a dudas, ya que el Estado es el titular de todos los bienes jurídicos enumerados como parte de esta tesis (orden socio-económico, administración de justicia y salud pública).

En conclusión, podemos decir, que no existe discusión alguna respecto a que el estado, es el único titular de los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal que nos ocupa, siendo éste, el legitimado para velar por la protección de dichos derechos, que de manera directa interesan a la colectividad y a quienes formamos parte de dicho estado.

⁵⁴ Ulises Torres, *El Delito de Lavado de Activos*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, Primera Edición, 2010, página 93

3. TIPOS PENALES CONEXOS AL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS.

Por lo expuesto con anterioridad, está definido el tipo penal que nos ocupa, y una vez que se precisaron los elementos del mismo, tanto a nivel objetivo como subjetivo, es materia del presente estudio, el determinar cuáles son los tipos penales conexos con el blanqueo de capitales. Para tal efecto, debemos iniciar por determinar el alcance y definición de conexidad en el tema tratado, como pasamos a indicar.

Se debe puntualizar primeramente, que conexidad, no es otra cosa que la relación o conexión existente entre un delito con otro; para una mayor ilustración, se transcribe lo que el autor Guillermo Cabanellas⁵⁵, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual define como delito conexo, así tenemos que:

“DELITO CONEXO. Dentro de la pluralidad delictiva imputable a un mismo agente, cada una de las infracciones que entre sí guardan relación por constituir medio para la perpetración de otra, o para facilitar la ejecución o la impunidad. Configura concurso ideal de delitos. Por ejemplo: la rotura de un mueble, para robar algo encerrado en él; la sustracción de un llavero, y así podemos abrir una caja de caudales en ocasión ulterior; el incendio de una habitación para borrar los rastros de un crimen o de una sustracción. ... De lo dicho se deduce que hay delito conexo cuando existe unidad de agentes de propósito o relación de dependencia entre varios delitos.”

Del concepto aportado por el autor, podemos concluir, que a su criterio la conexidad se define como la relación existente entre un delito y otro, ya sea con su finalidad o dependencia.

Con la definición clara, podemos procurar adentrarnos más en el estudio de la conexidad de delitos, (particular que será de trascendental importancia para este trabajo, por cuanto permitirá tener una idea clara del por qué son conexos con el lavado de activos, los tipos

⁵⁵ Cabanellas Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Edina, 1999

penales que estudiaremos a lo largo de este capítulo), es por ello, que es prudente citar al Dr. Alfonso Zambrano Pasquel⁵⁶, quien en su libro referente al tema en análisis, nos aproxima a una visión de la conexidad desde dos esferas: la conexidad subjetiva y la conexidad objetiva. Manifiesta el autor que nos encontramos frente a un caso de conexidad subjetiva, cuando existe un mismo sujeto activo, que comete delitos distintos, con independencia del momento en que fueron cometidos. Refiere por el contrario, que desde el punto de vista de la conexidad objetiva, tenemos que existe cuando los delitos perpetrados, son similares (como los robos, estafas y otras defraudaciones), ya sea que fueron cometidos por un mismo sujeto, o por distintos individuos. El autor, en base a las consideraciones antes expresadas, refiere que la conexidad de delitos se da, cuando se comete un ilícito para perpetrar otro; para facilitar su ejecución, o, para procurar la impunidad de otro ilícito. Para ilustrar más estas aseveraciones, tenemos los siguientes ejemplos propuestos por el mismo autor, quien refiere el caso de que un sujeto, rompe las seguridades de un establecimiento para robar la mercancía que éste almacena. En otro caso, un empleado del establecimiento, desactiva el sistema de alarma y demás seguridades del lugar a fin de que otros criminales ingresen y saqueen el sitio. Y finalmente, tenemos el caso de que una vez perpetrado el robo, asesinan al guardia de seguridad a fin de que no identifique a los autores del delito.

En los tres ejemplos anteriores, existe una relación indiscutible entre el delito de robo cometido, y el resto de ilícitos perpetrados; por esta razón, el autor es claro al precisar y determinar que la conexidad existente es evidente.

Es así, que acogiendo el pensamiento de Alfonso Zambrano Pasquel, decimos que existe conexidad cuando:

- Se comete un delito para perpetrar otro;
- Se comete un delito para facilitar la ejecución de otro ilícito
- Se comete un delito para procurar la impunidad de otro ilícito.

⁵⁶ Zambrano Alfonso, *Lavado de Activos*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010

Es conveniente señalar, que nuestra legislación, en el Art. 21 del Código de Procedimiento Penal⁵⁷, en su numeral cuarto, y con las reformas del marzo del 2009 numeral 4A, determinan los casos de conexidad; los cuales, no distan de los antes mencionados presupuestos.

Como resultará evidente, el concepto de conexidad es trascendental para este trabajo, por cuanto, aparte de que constituye un preludio que permitirá entender la relación que existe entre otros delitos, con el lavado de activos, nos permitirá estudiar los tipos penales conexos desde dos puntos de vista.

El primero de ellos, tiene como premisa inicial, el principio de autonomía que se le atribuye al delito de lavado, y partiendo de éste, los delitos que se cometan con este fin (lavar activos maculados), serán conexos a éste; así tenemos por ejemplo, que en caso de que un delincuente, tiene dos millones de dólares en efectivo, y a fin de introducirlos en el sistema financiero legal falsifica una serie de documentos que justifican el dinero que posee. Este es un claro ejemplo de conexidad de delitos, entre el delito de lavado, y el delito de falsificación de instrumentos públicos de ser el caso.

En un segundo aspecto, podríamos tomar al delito de lavado de activos, como conexo, con otro delito, siendo el blanqueo, una actividad tendiente a procurar la impunidad de un delito previo. Un ejemplo de esto, sería el caso de un narcotraficante, que posee altas sumas de dinero producto del tráfico de cocaína, y con el fin de que la actividad que produjo su dinero mal habido, no sea detectada procura comprar varios inmuebles y artículos de lujo que le produzcan regalías que serán reinvertidas en su actividad principal de narcotráfico. Aquí nos encontramos frente a un caso de conexidad de delitos, donde el lavado de activos, es conexo al tráfico ilícito de sustancias estupefacientes desde otra perspectiva.

⁵⁷ Suplemento del Registro Oficial No 360 del 13 de enero del 2000 y Suplemento del Registro Oficial No 544 del 9 de marzo del 2009

En base a lo anotado, a continuación, precisaremos algunos delitos que a criterio personal, son los tipos penales conexos más comunes en nuestro entorno. Claro está, que como estamos estudiando un tipo penal abierto, que puede originarse de cualquier delito, existirán muchos tipos penales más que escapen a nuestra atención, y que no serán tratados en este trabajo por motivos de tiempo y extensión; insistiendo en el hecho que la lista de delitos que a continuación analizaremos, responden a un criterio de transcendencia de carácter personal.

3.1. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Como lo define el Dr. Arturo Donoso Castellón⁵⁸, el delito de Enriquecimiento ilícito, consiste en el incremento injustificado del patrimonio de un funcionario público, (o de un privado que provee un servicio público), donde la suma de sus haberes no se corresponde con lo que gana en ejercicio de sus funciones. Nótese que en primera instancia hablamos del tipo penal genérico de enriquecimiento ilícito, el cual tiene como sujeto activo a un funcionario público, tal y como consta de la norma penal, que tipifica y sanciona a esta conducta, en el capítulo VIII del Código Penal, artículos innumerados luego del artículo 296, y fue incorporado, según consta del Registro Oficial Suplemento No 260 del 29 de agosto de 1985. En la actualidad, ya sea por comunicabilidad de circunstancias, o por la incorporación de un nuevo tipo penal, ya no es un delito propio de funcionario público, si no que abarca a cualquier persona, como veremos de inmediato.

3.1.1. SUJETO ACTIVO.

Como ya quedó anunciado, nos encontramos frente a un delito, que en su modalidad genérica, constituye un tipo penal propio de funcionarios públicos, por cuanto, el sujeto activo del mismo, debe ostentar la calidad de funcionario público; es así, que la norma genérica establecida en el primer innumerado luego del artículo 296 del Código Penal⁵⁹, establece

⁵⁸ Donoso Arturo, *Guía para el Estudio Derecho Penal Parte Especial Delitos contra el Patrimonio y contra los recursos de la administración pública*, Quito, Editorial Jurídica Cevallos, 2008 pág. 158

⁵⁹ Registro Oficial No 635 del 7 de agosto del 2002, Ley No 75

claramente esta condición, estableciendo una pena privativa de la libertad de prisión de dos a cinco años, y una pena pecuniaria de restitución del duplo del monto enriquecido.

El tercer innumerado luego del artículo 296, amplía de cierta manera, la nomina de sujetos activos que eventualmente podrían cometer el delito de enriquecimiento ilícito, por cuanto, determina que los funcionarios o empleados que manejen fondos del Banco Central, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y Sistema de Crédito de Fomento y Comerciales, son susceptibles de ser juzgados como sujetos activos de enriquecimiento ilícito, por mandato expreso de la ley.

Respecto al sujeto activo de este ilícito, la Constitución Política de la República del Ecuador⁶⁰, consagró en su artículo 121, la comunicabilidad de circunstancias, mediante la cual, un particular, podía ser juzgado por el cometimiento del delito de enriquecimiento ilícito (y otros), sin necesidad de ostentar la calidad de funcionario o servidor público, extendiendo de esta manera por primera vez y por mandato constitucional el juzgamiento de este tipo de ilícitos a particulares, pero con la condición necesaria de que hayan participado en la comisión del delito. A este particular se suma el hecho de que se establece la imprescriptibilidad de la acción para perseguirlos, así como la imprescriptibilidad de la penal. Hecho que vale aclarar es ratificado por la Constitución⁶¹ actual, que lo recoge en el artículo 233.

Un aspecto de mucha importancia, que no podemos dejar de precisar, es el hecho, de que en la norma constitucional referida con anterioridad, se consagra el denominado Juicio en Ausencia,

⁶⁰ Registro Oficial No 1 del 11 de agosto de 1998, art 12 dice: “**Art. 121.-** Las normas para establecer la responsabilidad administrativa, civil y penal por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, se aplicarán a los dignatarios, funcionarios y servidores de los organismos e instituciones del Estado.

Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad.”

⁶¹ Registro Oficial No 449 del 20 de octubre del 2008

el cual, no es otra cosa que la facultad legal para iniciar un proceso penal aun en la ausencia del procesado, pudiendo ser imputado, procesado y sentenciado sin necesidad de encontrarse presente en el juicio; particular, que es extendido, no solo al delito de enriquecimiento ilícito, si no a otros delitos graves en contra de la Administración Pública, como son el Peculado, el Cohecho y la Concusión.

Para finalizar con el análisis del sujeto activo del enriquecimiento ilícito, no podemos dejar de lado el hecho de que en el Referéndum del año 2011, se consultó al pueblo ecuatoriano sobre algunos aspectos de trascendencia nacional y se destaca dentro de esta consulta, la pregunta número seis, que tiene que ver con la tipificación del enriquecimiento ilícito privado; la cual, según el Consejo Nacional Electoral⁶², obtuvo los siguientes resultados:

“Pregunta 6. ¿Está usted de acuerdo que la Asamblea Nacional, sin dilaciones dentro del plazo establecido en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, a partir de la publicación de los resultados del plebiscito, tipifique en el Código Penal, como un delito autónomo, el enriquecimiento privado no justificado? SI 61% NO 39%”

Fruto de tal mandato soberano, (del cual nos reservamos algunas puntualizaciones), se dio la facultad (que ya la tenía el legislador) para tipificar e incorporar a nuestra legislación, un nuevo tipo penal, denominado “Enriquecimiento Privado Injustificado”, el cual, como bien se dijo con anterioridad en este trabajo, y compartiendo el criterio del Dr. Ricardo Vaca Andrade fue incorporado de una manera por demás camuflada dentro de la Ley Para Reprimir y Erradicar el Lavado de Activos⁶³. Norma que para una mayor ilustración, me permito transcribir:

“Art. ...- A más de las instituciones del sistema financiero y de seguros, serán sujetos obligados a informar a la Unidad de Análisis Financiero (UAF) a través de la entrega de los reportes previstos en

⁶² Consejo Nacional Electoral, Presentación de resultados el 12 de Julio del 2011, <http://metroactiva.com/blog-noticias-ecuador/2011/05/resultados-consulta-popular-ecuador-encuestas-exit-poll-referendum-si-no-consejo-nacional-electoral-cne-conteo-rapido/>, acceso 28 de diciembre del 2012

⁶³ Poner artículo del enriquecimiento privado y ro de la ley de lavado con reformas

el artículo 3 de esta Ley, de acuerdo a la normativa que en cada caso se dicte: las filiales extranjeras bajo control de las instituciones del sistema financiero ecuatoriano; las bolsas y casas de valores; las administradoras de fondos y fideicomisos; las cooperativas, fundaciones y organismos no gubernamentales; las personas naturales y jurídicas que se dediquen en forma habitual a la comercialización de vehículos, embarcaciones, naves y aeronaves; las empresas dedicadas al servicio de transferencia nacional o internacional de dinero o valores, transporte nacional e internacional de encomiendas o paquetes postales, correos y correos paralelos, incluyendo sus operadores, agentes y agencias; las agencias de turismo y operadores turísticos; las personas naturales y jurídicas que se dediquen en forma habitual a la inversión e intermediación inmobiliaria y a la construcción; los casinos y casas de juego, bingos, máquinas tragamonedas e hipódromos; los montes de piedad y las casas de empeño; los negociadores de joyas, metales y piedras preciosas; los comerciantes de antigüedades y obras de arte; los notarios; y, los registradores de la propiedad y mercantiles. Los sujetos obligados señalados en el inciso anterior deberán reportar las operaciones y transacciones económicas, cuyo valor sea igual o superior al previsto en el artículo 3 de esta Ley. Sin perjuicio de lo señalado en este artículo, la Unidad de Análisis Financiero (UAF) podrá solicitar información adicional a otras personas naturales o jurídicas de conformidad con el reglamento que se emita para el efecto.”

Como podremos notar, se incorporó en el 2010, dentro de las reformas a la Ley de Lavado de Activos, un nuevo artículo innumerado, el cual claramente establece a particulares, y empresas privadas, la obligación de reportar a la Unidad de Análisis Financiero, todo tipo de transacciones que superen los montos mínimos ahí establecidos. Facultando a la UAF, a que recaude toda la información pertinente de las transacciones efectuadas por los sujetos enumerados en dicha norma, convirtiendo a los privados y empresas particulares, en sujetos de juzgamiento por el delito de Enriquecimiento Injustificado Privado, como bien ya lo refirió el Dr. Ricardo Vaca Andrade⁶⁴.

3.1.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y SUJETO PASIVO.

⁶⁴ Ricardo Vaca, *Lavado de Dinero y Enriquecimiento Injustificado*, www.analisisjuridico.com, Acceso 13 de enero del 2013

De las tipificaciones antes referidas, podremos extraer, que el verbo rector de este tipo penal es el de enriquecerse, tal como refiere el Dr. Arturo Donoso Castellón⁶⁵, quien claramente determina que el hecho de enriquecerse, y no poder justificar el incremento del patrimonio configura el delito en cuestión. En este caso, y de la misma manera que determina el citado autor⁶⁶, tenemos sin duda alguna que el sujeto pasivo es la administración pública, y el bien jurídico lo constituyen los fondos o recursos públicos.

La administración pública constituye por su parte el sujeto pasivo de este delito, por cuanto, es ella, la que ve amenazada su actividad, legitimidad y percepción de confianza de la comunidad, por cuanto, si el ejercicio de una función pública, respondería a intereses propios de los funcionarios, desnaturalizaría el sentido en sí de las instituciones públicas, que no es otro que el de prestar un servicio, y no enriquecer a sus empleados, más allá de la justa compensación por su trabajo (sueldo). Es por ello, que se prende controlar de esta manera el ejercicio de funciones de los servidores, a fin de que no se aprovechen del cargo que ostentan para incrementar ilícitamente su patrimonio.

Así también, coincidimos con el autor, que el bien jurídico protegido por este delito, al igual que en el resto de delitos contra la administración pública lo constituyen los fondos o recursos públicos, por cuanto, lo que se procura proteger con este tipo, es el hecho de que los servidores públicos, en ejercicio de sus funciones o la prestación de un servicio público, abusen de su posición, y obtengan beneficios o contraprestaciones ilegales que no les corresponden.

3.1.3. CONEXIDAD CON EL LAVADO DE ACTIVOS

Mayores elementos de conexidad los encontraremos al abarcar el delito de Peculado en el subcapítulo siguiente, ya que ambos delitos comparten características esenciales, y constituyen

⁶⁵ Donoso Arturo, *Guía para el Estudio Derecho Penal Parte Especial Delitos contra el Patrimonio y contra los recursos de la administración pública*, Quito, Editorial Jurídica Cevallos, 2008, pagina 123.

⁶⁶ Donoso Arturo, *Guía para el Estudio Derecho Penal Parte Especial Delitos contra el Patrimonio y contra los recursos de la administración pública*, Quito, Editorial Jurídica Cevallos, 2008, pagina 123.

manifestaciones propias de la corrupción; por el momento debemos precisar que, nos encontramos frente a un tipo penal, de estrecha vinculación con el delito de lavado de activos; vinculación que no obedece necesariamente a un parecido en la tipificación o sujetos que intervienen, si no, respecto al parecido que ostenta su ratio legis y la manera en que se configuran ambos delitos. Podemos hablar, que existe conexidad entre ambos, en los casos en los que los grupos delincuenciales, dedicados a blanquear capitales, necesitan la intervención de algún funcionario público para su macabro propósito, y es por ello, que intercambian algún tipo de “favor” por parte del servidor público, con bienes o servicios que le son entregados. En este caso, independientemente que el funcionario, conozca o no de la procedencia ilícita de los bienes que le son entregados, él es directamente responsable por el delito de enriquecimiento ilícito, por cuanto, su patrimonio se ha incrementado injustificadamente.

De igual manera, podría existir el caso de manera inversa, y que quien se ha beneficiado de dineros que no le correspondían por el ejercicio de su cargo público, a fin de eludir los controles fiscales y gubernamentales, procurara lavar dichos activos, ya sea mediante la colocación de éstos a nombres de compañías creadas para el efecto, ventas ficticias, etcétera, procurando que su rastreo sea imposible para los entes de control. Aquí, no encontramos frente a otro claro ejemplo de conexidad entre estos dos tipos penales, que como es claro, tienen una vinculación particular, esto, sin tomar en cuenta que con la introducción en el sistema legal del tipo penal de Enriquecimiento Privado Injustificado, nos encontramos frente a delitos que guardan una estrecha vinculación, y que muchos casos podrían confundirse con casos determinados, y quedará a criterio de los operadores de justicia, el determinar cuál de los dos delitos es el que se cometió.

3.2. PECULADO

Referente al delito de peculado, debemos puntualizar previamente, que éste es otro de los tipos penales conexos con el lavado de activos que guarda estrecha relación con éste, por el agente del delito de peculado, tiene una estrecha vinculación con un sector o servicio público, lo cual, es visto de una manera atractiva por parte de las organizaciones criminales, que ven en la

fragilidad de los estados y sus instituciones, los mecanismos más efectivos para perpetrar sus fechorías y específicamente hablando, lavar activos.

Ya en lo referente al delito de peculado en sí, podemos anotar, que éste, es un tipo penal que se configura el momento en el cual, un funcionario público, ya sea en su beneficio o de terceros, abusa de dineros públicos y privados (en caso de instituciones del sistema financiero), abuso, que como dice la ley, en el artículo 257 del Código Penal⁶⁷, puede consistir en desfalco o disposición arbitraria de bienes o servicio públicos a su cargo.

⁶⁷ Suplemento del Registro Oficial No 147 del 22 de enero de 1971, artículo 257: **Art. 257.-** Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que, en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional.

Se entenderá por malversación la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público.

Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa.

Los culpados contra quienes se dictare sentencia condenatoria quedarán, además, perpetuamente incapacitados para el desempeño de todo cargo o función públicos; para este efecto, el juez de primera instancia comunicará, inmediatamente de ejecutoriado, el fallo a la Dirección Nacional de Personal y a la autoridad nominadora del respectivo servidor, e igualmente a la Superintendencia de Bancos si se tratare de un servidor bancario. El Director Nacional de Personal se abstendrá de inscribir los nombramientos o contratos otorgados a favor de tales incapacitados, para lo cual se llevará en la Dirección Nacional de Personal un registro en que consten los nombres de ellos.

La acción penal prescribirá en el doble del tiempo señalado en el artículo 101.

Con la misma pena serán sancionados los servidores de la Dirección General de Rentas y los servidores de aduanas que hubieren intervenido en Actos de Determinación.

También están comprendidos en las disposiciones de este artículo los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos.

Esta conducta típica, contempla una pena privativa de la libertad de reclusión mayor ordinaria de 8 a 12 años, y se agrava de 12 a 16 años de reclusión mayor extraordinaria, cuando los fondos o bienes son destinados a la defensa nacional. Es decir, que tenemos un caso, que por disposición legal, se vuelve agravado, tan solo en los casos que los fondos desfalcados, sean usados en la defensa nacional, prohibición que si bien es un tanto drástica, es bastante necesaria por el propio estado de vulnerabilidad e incertidumbre que se vive en caso de conflictos armados, o en temas referentes a seguridad nacional.

Como también se refirió al estudiar el delito de enriquecimiento ilícito, en casos de peculado, por disposición constitucional (Constitución de 1998 y Constitución del 2008), la acción y la pena tiene un carácter imprescriptible, así como su juzgamiento es factible en ausencia del procesado.

Finalmente, cabe mencionar, que como se desprende del texto de la norma, el legislador escogió como verbo rector para este delito al verbo: abusar, es por ello, que para la verificación de la hipótesis normativa, será indispensable el determinar si el verbo rector se cumplió, particular, que por disposición legal, puede suceder bajo dos presupuestos: uno que refiere que el abuso se puede producir a manera de desfalco, y la otra, cuando el abuso se produce a manera de disposición arbitraria. Antes de las reformas⁶⁸, se contemplaba a la Malversación como un delito distinto, en la actualidad, constituye una forma de abuso, tal como lo establece el segundo inciso del artículo 257 del Código Penal ecuatoriano.

3.2.1. SUJETO ACTIVO

Para determinar el sujeto activo en el delito en cuestión, es necesario primeramente el puntualizar, que se trata de un delito calificado, como refiere Luis Cueva Carrión⁶⁹, por

⁶⁸ Registro Oficial No 621 del 4 de julio de 1978

⁶⁹ Cueva Luis, *Peculado, Teoría, Práctica y jurisprudencia*, Quito, Ediciones Cueva Carrión, 2008, pagina 212.

cuanto, como indica el autor, solo puede ser cometido por personas determinadas, que ostenten la calidad de funcionarios o servidores públicos, por mandato de la propia ley. Cita el autor, a Francisco Carrara⁷⁰, quien manifiesta: “*Sujeto Activo del peculado, no puede ser sino el funcionario público, reconocido como tal por la Administración Pública y en cuyo cargo está el motivo para que se halle en sus manos la cosa pública de que indebidamente se apropia*”. Como queda dicho, la calidad de funcionario público, es un elemento indispensable del tipo, sin el cual, este carecería de tipicidad por cuanto el autor no podría ser juzgado sin ostentarla. Debemos diferenciar como precisa el autor, que nuestra normativa prevé dos circunstancias para poder ser considerado como sujeto activo en este delito; la primera queda claramente establecida, ser funcionario público, mientras que la segunda, tal como se desprende del texto de la norma, es que el sujeto activo sea encargado de un servicio público.

Para profundizar en este tema, es preciso diferenciar entre lo que significa una función pública, y lo que constituye un servicio público; así tenemos que el tratadista español Ramón Parada⁷¹ equipara el servicio público, con la prestación de un servicio como tal, es por ello, que a criterio de Ramón Parada, un servicio público, es algo que eventualmente le corresponde al Estado, pero, ya sea por delegación, concesión u otro, encarga a un tercero para que lo realice, siendo el caso por ejemplo de la prestación de servicios de recolección de basura, provisión de electricidad, transporte, entre otros; los cuales, pueden ser delegados a un tercero, sin afectar la soberanía ni control estatal. Por otra parte refiere, que una función pública, es de naturaleza distinta, ya que esta obedece a los fines y obligaciones propias del estado, como constituye la seguridad nacional, el servicio policial, el área fiscal, entre otros; los cuales, no pueden bajo ningún concepto ser encargados a un tercero que los ejerza, por cuanto, esto sería desnaturalizar el sentido del Estado, siendo estas actividades, propias de éste, que le corresponden privativamente en ejercicio de su poder soberano.

⁷⁰ Cueva Luis, *Peculado, Teoría, Practica y jurisprudencia*, Quito, Ediciones Cueva Carrión, 2008, pagina 213.

⁷¹ Parada Ramón, *Derecho Administrativo Tomo I*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2000. Página 216

Finalmente se concluye, que una de las características indispensables para considerar a un individuo como prestador de un servicio público es la necesidad de delegación por parte del estado, siendo esta la característica fundamental que definirá si estamos frente a un servicio público, o la simple prestación de un servicio en el ámbito privado.

Una vez que se ha esclarecido la diferencia entre ambas categorizaciones, nos corresponde establecer, que el sujeto activo en el delito de peculado, puede ser una persona que no ejerza un cargo público, pero bastará que a éste, se le haya encargado por parte del Estado, la prestación de un servicio público, para que sea posible su imputación objetiva en el delito de peculado.

3.2.2. SUJETO PASIVO Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Cuando referimos que el sujeto activo de este delito es un funcionario público, denota la intención del legislador de cerrar en lo posible el tipo penal, lo cual, sumado al resto de presupuestos contenidos en la norma, claramente determina, que el bien jurídico que protege, son los recursos públicos. Entendiéndose como recursos públicos, no solo a dinero físico o electrónico, sino también al resto de bienes del sector público. En este punto, se recuerda que una de las horas de clase que impartió el Dr. Ricardo Vaca Andrade, en su cátedra de Derecho Penal Especial, refiriéndose al tema del peculado, nos hizo partícipes a sus alumnos de que a su criterio, y de acuerdo a su vasta preparación en la materia, podía concluir también, que como recursos públicos, se encontraban también el recurso humano a cargo del Estado, o como él lo llamó “horas hombre”. Es tan acertada la puntualización establecida por el Doctor Ricardo Vaca, por cuanto, el estado, paga a los funcionarios una remuneración, a fin de que el individuo realice una actividad determinada en provecho del mismo Estado, y cuando, esta actividad, es enervada o interrumpida por el abuso de un funcionario público quien dirige las actividades de sus subordinados a temas distintos o ajenos a su función, en beneficio propio o de un tercero, (que en este caso necesariamente ostentara un cargo directivo o al menos superior jerárquicamente), desencadena en un perjuicio para el estado, y en un claro abuso de recursos públicos.

Una vez que determinamos que el tipo penal en análisis procura el cuidado de recursos públicos, podemos concluir fehacientemente, que el sujeto pasivo del delito, es la colectividad, quien es dueña de los fondos o recursos que fueron producto del abuso del funcionario público; y es aquí, donde aparece como representante de la sociedad, el Estado, por ser éste, el legítimo representante del poder soberano, y el perjudicado con la conducta típica.

3.2.3. CONEXIDAD CON EL LAVADO DE ACTIVOS

Para determinar porque es conexo este delito, con el Lavado de Activos, es preciso citar, lo que Luis Cueva Carrión⁷² refiere acerca de la corrupción, ya que a su criterio, “el sida de la democracia, es la corrupción”, por atentar contra los principios y la naturaleza misma de un estado democrático, socavando sus instituciones y principios. Refiere también, que la corrupción es un mal que aqueja a todas las sociedades del mundo, sin excepción alguna, en mayor o menor cantidad, pero ninguna exenta. Aduce, que la corrupción como tal, si bien es un mal mundial, en el campo jurídico, requiere de tipos penales que tipifiquen directos accionares a fin de contrarrestarla; caso contrario, si no existe una ley que tipifique determinada conducta como delito, el poder punitivo del estado se encuentra atado de manos, y las conductas corruptas solo serán susceptibles de un reproche moral, mas no judicial. Es aquí, donde a criterio del autor, aparece el delito de Peculado, como la forma de manifestación más vil de a corrupción.

Pero, de qué manera se vuelve conexo este delito (y el enriquecimiento ilícito) con el delito de lavado de activos, si constituye (n) delitos que procuran objetivos aparentemente distintos?

La respuesta, la encontramos en la Convención de Palermo⁷³, por cuanto, establece que la corrupción constituye uno de los más grandes flagelos para los Estados, por afectar

⁷² Cueva Luis, *Peculado, Teoría, Practica y jurisprudencia*, Quito, Ediciones Cueva Carrión, 2008, pagina 49.

⁷³ Registro Oficial No 153 del 25 de noviembre del 2005, Convención de Palermo, Artículos 6 y 8 de la convención de Palermo Artículo 6. Penalización del blanqueo del producto del delito 1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) i) ii) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a

directamente a sus intereses, principios y recursos; tal afectación, se da por la vulnerabilidad que existe en los funcionarios del estado, a ser seducidos por los grupos delincuenciales

cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito; b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico: i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito; ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión. 2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo: a) Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la presente Convención y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 de la presente Convención. Los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados; c) A los efectos del apartado b), los delitos determinantes incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí; d) Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes destinadas a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes o una descripción de ésta; e) Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante; f) El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren como elemento de un delito tipificado en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

Artículo 8: Penalización de la corrupción 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indevido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indevido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales. 2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito los actos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo cuando esté involucrado en ellos un funcionario público extranjero o un funcionario internacional. Del mismo modo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de tipificar como delito otras formas de corrupción. 3. Cada Estado Parte adoptará también las medidas que sean necesarias para tipificar como delito la participación como cómplice en un delito tipificado con arreglo al presente artículo. 4. A los efectos del párrafo 1 del presente artículo y del artículo 9 de la presente Convención, por “funcionario público” se entenderá todo funcionario público o persona que preste un servicio público conforme a la definición prevista en el derecho interno y a su aplicación con arreglo al derecho penal del Estado Parte en el que dicha persona desempeñe esa función.

organizados, quienes fruto de sus fechorías, gozan de una abundante liquidez, que les permite obtener de los funcionarios estatales, muchas prebendas a cambio de una compensación patrimonial. Es aquí, que dicha “compensación patrimonial” (por llamarla de alguna manera), entra dentro del cambo de otro tipo penal, que es el del lavado de activos, por cuanto, los bienes maculados que son entregados a los malos funcionarios, posteriormente son reciclados en el sistema financiero legal por éstos, cumpliendo indirectamente los propósitos de las organizaciones delictivas de lavar activos. Así también, se ha demostrado conforme establece la convención, que la mayoría de prebendas o favores que se obtienen por actos de corrupción, facilitan el blanqueo de activos, ya que muchas veces, los empleados seducidos por los criminales, son aquellos que deberían encargarse de su control, y es aquí, donde el punto de inflexión se da, por cuanto, se conecta el delito de lavado de activos, como un mecanismo de financiamiento de otros delitos, particularmente en este caso, delitos de corrupción o más específicamente con el peculado o el enriquecimiento ilícito.

3.3. DE LAS FALSIFICACIONES

Como sucedía en el caso de los tipos penales conexos antes mencionados, las organizaciones criminales se valen de los más amplios e imaginativos recursos con la finalidad de lavar sus activos maculados; es así, que a fin de evitar la detección del origen de los mismos, recurren a diversas técnicas de engaño, siendo una de las más usuales la falsificación; sea que fuere de instrumentos públicos o documentos privados, los delitos perpetrados tienen como finalidad cubrir las huellas que dejó el delito precedente, y de esta manera usando el producto de las falsedades, procuran cubrir de legalidad el producto de sus ilícitos. Tenemos así, que las organizaciones delictivas, con la finalidad de introducir en el sistema financiero sus bienes de origen ilícito, recurren en muchos casos a profesionales especializados, quienes aprovechando sus conocimientos técnicos y las falencias de la normativa, constituyen verdaderas estructuras que distraen la atención de los organismos de control. Algunos métodos utilizados más comunes según la doctrina, son los que refiere la autora, M. Paulina Araujo Granda⁷⁴, y es la

⁷⁴ Araujo Paulina, *Derecho Penal Económico, Los Delitos Socioeconómicos en la legislación ecuatoriana*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010, pagina 270.

creación de compañías ficticias, que fueron creadas con el propósito de lavar activos y eludir controles fiscales; así también, refiere que el uso de testaferros con identidades falsas es otra modalidad bastante difundida.

Respecto a las falsificaciones cabe destacar, que como indica el Dr. Arturo Donoso Castellón⁷⁵, debemos diferenciar primeramente los tipos de falsedad. El primer caso, lo constituye la Falsedad Ideológica, que no es otra cosa que el forjar un documento que si bien reúne las características y requisitos formales y requeridos por la ley para cada caso, el contenido del mismo es falso. Como un ejemplo de esto, podríamos suponer que existe un padre, que con la finalidad de repartir en vida sus bienes a sus hijos, suscribe una escritura pública de compraventa en donde les vende su casa, y supuestamente sus hijos pagan un justo precio por el inmueble. Suscriben una compraventa con el fin de eludir los impuestos que causa una donación, que fue lo que efectivamente sucedió. En este caso, nos encontramos frente a un claro ejemplo de falsedad ideológica, por cuanto, la compraventa reúne los requisitos formales y legales establecidos, mas su contenido, no se corresponde con la realidad, por cuanto el padre transfirió a título gratuito a sus hijos el inmueble, quienes nunca pagaron un precio por el bien, es decir se los donó y no vendió.

Tenemos el caso de que la falsedad pueda ser material, donde el contenido de un documento o instrumento, es totalmente ajeno a la verdad y a las realidad; ya sea porque en él se agregaron estipulaciones que no contenía, porque se simulon falsas calidades, o ya sea por adulteración de sus firmas y rubricas. En este caso, nos encontramos frente a un claro ejemplo de falsificación material, por cuanto, el documento, fue alterado, ya sea en asuntos de forma o fondo.

Los verbos rectores en delitos de falsificación son diversos, pero la mayoría emplea el verbo falsificar, y dependerá el tipo de falsedad incurrida para la configuración y determinación del tipo penal aplicable.

⁷⁵ Donoso Arturo, *Guía para el Estudio Derecho Penal Parte Especial Delitos contra el Patrimonio y contra los recursos de la administración pública*, Quito, Editorial Jurídica Cevallos, 2008, página 178

3.3.1. SUJETO ACTIVO

Conforme se encuentra dicho los delitos de falsificación, favorecen a los autores del lavado de activos en sus protervos fines; procurando a través de las falsificaciones la simulación de actos de comercio o transacciones que no sucedieron, o que de haber sucedido, fueron efectuadas en términos distintos a los constantes en el documento.

En este caso, debemos precisar, que los delitos de falsificación sea material o ideológica, desde el punto de vista del sujeto activo, contemplan dos posibilidades. La primera, es que quien comete la falsedad, sea un funcionario público, que en ejercicio de sus funciones adultere materialmente le contenido de un documento o instrumento, o establezca como hechos verdaderos, aquellos que no lo eran (falsedad ideológica). En este caso, tal como establece el Art. 337 y 338 del Código Penal⁷⁶, nos encontramos frente a un tipo penal agravado, el cual es sancionado con una pena de reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años en caso de que el sujeto activo sea un funcionario público, quien en ejercicio del su cargo cometió la falsedad. En caso falsificación de instrumentos públicos cualquier persona será sancionada con una pena privativa de la libertad de seis a nueve años de reclusión menor.

Referente al delito de falsificación de documentos privados, la ley establece que el autor será sancionado con una pena privativa de la libertad de dos a cinco años de prisión.

De lo anotado, podemos concluir, que el sujeto activo de estos delitos puede constituirlo cualquier individuo, sin que la ley exprese condición alguna respecto a este particular; salvo

⁷⁶ Código Penal, Registro Oficial No 147 del 22 de enero de 1971, Artículos 338 y 339: Art. 338.- Será reprimido con la misma pena el funcionario público que, al redactar piezas correspondientes a su empleo, hubiere desnaturalizado su sustancia o sus pormenores: Ya escribiendo estipulaciones distintas de las que hubieren acordado o dictado las partes; Ya estableciendo como verdaderos, hechos que no lo eran. Art. 339.- Será reprimida con pena de seis a nueve años de reclusión menor, cualquiera otra persona que hubiere cometido una falsedad en instrumentos públicos, en escrituras de comercio o de banco, contratos de prenda agrícola o industrial o de prenda especial de comercio, en escritos o en cualquier otra actuación judicial: Ya por firmas falsas; Ya por imitación o alteración de letras o firmas; Ya por haber inventado convenciones, disposiciones, obligaciones o descargos, o por haberlos insertado fuera de tiempo en los documentos; Ya por adición o alteración de las cláusulas, declaraciones o hechos que esos documentos tenían por objeto recibir o comprobar.

en el caso de las falsificaciones producidas por funcionarios públicos, donde si hay la condición de ser funcionario público para que se configure el tipo penal de falsificación agravado constante en el artículo 337 de la ley antes referida.

3.3.2. SUJETO PASIVO Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La determinación del bien jurídico protegido, la refiere con claridad Arturo Donoso Castellón⁷⁷, quien, al referirse a las falsedades en general, establece que lo que se afecta con el cometimiento de estos delitos no es otra cosa que la Fe Pública; entendiéndose como tal, a la confianza necesaria de la sociedad, en las distintas actividades que realiza. Refiere el autor, que todas las relaciones e interacciones sociales, se basan de una u otra manera en la percepción de confianza existente entre los sujetos que intervienen, y mediante la perpetración de estos ilícitos, se afecta a la fe pública, alterando la confianza que tienen los individuos en las instituciones estatales, financieras u otros.

Determinado el bien jurídico protegido, estaremos frente a dos posibilidades de sujeto pasivo. La primera que la constituye el individuo directamente afectado por la falsificación, sea porque fue en contra de quien se falsificó dicho documento (por ejemplo un contratista a quien le imitaron las firmas), o por tratarse de delitos cometidos por funcionarios públicos donde inclusive puede ser el estado el sujeto pasivo por atentar contra las instituciones propias de éste, mediante documentos falsos; aunque por regla general, el sujeto pasivo, lo constituirá quien se ve afectado directamente por el documento forjado.

3.3.3. CONEXIDAD CON EL LAVADO DE ACTIVOS

Para apreciar la conexidad de los delitos de falsificación con el delito de lavado, es indispensable determinar que estos, constituyen un mecanismo de aseguramiento e impunidad del delito de lavado, por cuanto, es mediante la falsedad material o ideológica, contenida en diversos tipos de documentos o estructuras societarias, que se procura disimular el origen

⁷⁷ Donoso Arturo, *Guía para el Estudio Derecho Penal Parte Especial Delitos contra el Patrimonio y contra los recursos de la administración pública*, Quito, Editorial Jurídica Cevallos, 2008, pagina 181.

ilícito de los bienes, tratando de esta manera reciclarlos con bienes y capitales obtenidos de manera legal. Podemos concluir también, que el caso de las falsedades ideológicas, podrían también extenderse a los precios constantes en los contratos o escrituras que se suscriben para la adquisición de bienes o servicios con activos de origen ilícito, por cuanto, una modalidad de los grupos delincuenciales que blanquean dinero, es la de hacer constar en los papeles, precios inferiores a los realmente pagados, para así introducir esa diferencia de una manera clandestina

Podría darse el caso también, de que un individuo, como producto de un delito de falsificación, generó una gran fortuna, (independientemente del tipo de adulteración cometida), en este caso, para el autor de la falsedad, posiblemente no le sea necesario el lavar los activos obtenidos de su fechoría, por cuanto, estos gozarían de una presunción de legitimidad, amparados en un documento o instrumento falso de ser el caso, el cual, eventualmente consistiría su escudo y la justificación de su patrimonio ante las instituciones de control; aunque en estricto sentido, también debería ser procesado por el lavado de activos.

3.4. TRÁFICO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS

Como se dijo en capítulos anteriores, el Lavado de Activos, o más propiamente la conversión o transferencia de bienes, es un delito cuyo origen fue derivado o conexo con el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, tal como lo precisamos en su momento a través de la Convención de Viena de 1988; es así, que diversas han sido las reformas y formas que ha tenido este tipo penal; actualmente, está regulado por una ley especial, que no es otra que la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, publicada en el Registro Oficial Suplemento No 490 del 27 de diciembre del 2004; en dicha normativa, en su título quinto, se establecen las infracciones y las penas para los delitos relacionados con sustancias sujetas a control. Aquí tenemos, una serie de conductas típicas que por mandato legal, constituyen conductas punibles, sea como delitos de acción pública, como en el caso de contravenciones; éstas últimas no serán motivo de análisis por cuanto no constituyen un tipo penal conexo con el delito de lavado, sabiendo que las contravenciones tienen otra caracterización en materia penal. La cantidad de tipos penales establecidos en esta ley es abundante, es por ello, que por

motivos didácticos y de tiempo, nos referiremos exclusivamente al Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Éste constituye un tipo penal de trascendencia para este estudio, y se encuentra tipificado en el artículo 60 de la ley en mención, donde se sanciona a quien venda o entregue, importe o exporte, bajo cualquier título sustancias estupefacientes y psicotrópicas; estableciendo para este caso, una pena de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales. Como es de conocimiento público, el tráfico ilícito de drogas, es una de las actividades más lucrativas para las organizaciones criminales, quienes amasan grandes fortunas que luego tienen la necesidad de introducirlas en la economía lícita de un país, cometiendo de esta manera el delito de blanqueo que nos ocupa.

3.4.1. SUJETO ACTIVO

En el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, como lo refiere María Belén Guzmán⁷⁸, nos encontramos frente a un delito impropio por su naturaleza, por cuanto, puede ser cometido por cualquier persona, bastará que ostente la calidad de ser humano, para que sea posible su imputación objetiva como describe la autora, manifestando que nos encontramos frente a un delito impropio, por cuanto del texto del artículo 60 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas⁷⁹, al referirnos al sujeto que podría cometer el delito, extraemos el pronombre gramatical “quienes”, el cual, nos hace concluir que deja abierta la posibilidad de que sea cometido por cualquier individuo, por no establecer característica o condición alguna para el sujeto activo.

3.4.2. SUJETO PASIVO Y BIEN JURIDICO PROTEGIDO

En capítulos anteriores, al referirnos al delito de tráfico de drogas como el delito originario del lavado de activos, tuvimos la oportunidad de recrear el pensamiento del autor peruano, Tomas

⁷⁸ Guzmán María, *Políticas de prevención contra los delitos de tráfico y tenencia de drogas en el Ecuador*, Loja, UTPL, 2012, página 18.

⁷⁹ Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, Registro Oficial No 490 del 27 de diciembre del 2004.

Aladino Gálvez⁸⁰; quien sostenía, que el bien jurídico protegido por los delitos relacionados con drogas, no es otro que la salud pública de los ciudadanos, entendiendo de esta manera que lo que precautela este tipo penal, es el derecho de la sociedad a desarrollarse libre de actividades que pongan en peligro su salud y siendo las sustancias estupefacientes y psicotrópicas, elementos que alteran el normal funcionamiento del organismo humano, lo que se procura es evitar su afectación, a través de una prohibición penal.

Entendiendo que el fin último del estado, es garantizar sus derechos soberanos, y precautelar sobre toda costa su bienestar, podemos concluir, que en este delito, el sujeto pasivo lo constituye la sociedad en sí, que ve afectada su salud, al comercializar productos nocivos y prohibidos legalmente.

Vale destacar, que esta prohibición, obedece a políticas de índole estatal, por cuanto, existen otro tipo de drogas como el cigarrillo y el alcohol, que son permitidas legalmente, y aceptadas socialmente, pese a que los daños a la salud, si bien no son equiparables a los producidos por los estupefacientes, también afectan ese bien jurídico; pero como se dijo, esto obedece a políticas estatales propias de cada estado, que decide que prohibir, y que no hacerlo.

3.4.3. CONEXIDAD CON EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Para establecer la conexidad existente entre el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, con el delito de lavado de activos, es preciso el recordar lo establecido por la Convención de Viena de 1988⁸¹ en su preámbulo, que dispone textualmente:

“Conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles

⁸⁰ Tomas Gálvez, *El Delito de Lavado de Activos*, Lima, Instituto de Derecho y Justicia, Segunda Edición, 2009, página 281

⁸¹ Convención de Viena, Registro Oficial No 378 del 15 de febrero de 1990.

Decididas a privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad”

Como se concluye de lo transcrito, desde que se concibió al delito de lavado de activos como un tipo penal que debe ser incorporado en todo ordenamiento jurídico, este tuvo un trasfondo que en esencia, era el de privar a los grupos criminales dedicados al tráfico de drogas, de todos los productos obtenidos a través de la comisión de este delito. Fue así, y bajo esa concepción y parámetros que nació y fue incorporado a la vida jurídica el lavado de activos, motivo por el cual es evidente e innegable su estrecha conexidad con el tráfico de sustancias prohibidas.

En la actualidad, si bien los bienes ilícitos que serán objeto del delito de lavado, pueden ser originarios de cualquier tipo penal, no es menos cierto que el tráfico de estupefacientes, es uno de los mayores afluentes de bienes maculados que necesitan ser blanqueados, y esta la razón fundamental por la que en el acervo común, cuando se escucha sobre el cometimiento de Lavado de Activos, la gente relaciona inmediatamente esta conducta, al narcotráfico.

Hablando desde el punto de vista material, la conexidad también es obvia, ya que resulta imposible el creer, que todo el producto o “regalías” del delito de narcotráfico es reinvertido en el mismo delito, y que los delincuentes no corrompen los sistemas financieros lícitos; es por esta razón, que dada la cantidad de activos que la delincuencia obtiene del tráfico de drogas, que estos grupos, necesariamente deben recurrir al blanqueo de sus bienes, ya sea con el fin de distraer la atención de los organismos de control y continuar sus protervas actividades, o con la finalidad de disfrutar los bienes obtenidos libremente, lo que demuestra la conexidad entre ambos ilícitos.

4. PRUEBA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN ECUADOR, A TRAVES DE PRUEBA INDICIARIA

Siendo tema de estudio central del presente trabajo, el delito de lavado de activos, no podemos dejar pasar el tipo de prueba que debe utilizarse para determinar dicho ilícito.

Según la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas⁸², la prueba indiciaria, es el mecanismo idóneo para la determinación del delito blanqueo; sustenta dicha concepción, en el proceso propio del delito, ya que, al constituir el de lavado, una serie de conductas, procesos o procedimientos tendientes a la ocultación o disimulación del origen delictivo de los activos maculados, para su posterior introducción en la economía lícita, éste supone varias etapas de ejecución, las cuales, en razón de la especialidad que alcanzan los grupos delincuenciales, y la complicidad existente en muchos casos, por funcionarios públicos y entidades de control, impiden que este proceso, deje evidencias de su cometimiento, por lo cual, basándose en el principio de autonomía del delito, concluye que el único mecanismo que permite probar el delito, es la prueba indiciaria.

Lo dicho por la CICAD, tiene cierta coherencia, con los hechos fácticos que configuran la conducta típica del blanqueo de activos; ya que el delito referido, en *stricto sensu* no es otra cosa que borrar las huellas dejadas por el fruto de un ilícito previo, para su posterior aprovechamiento fuera de los controles legales, es por esta razón, que la conducta pesquizable, de por sí, deja huellas o evidencias casi imperceptibles, que de no ser probadas mediante indicios, difícilmente se encontraría una prueba plena y determinante de su cometimiento.

Como podemos concluir de los capítulos anteriores, el delito de lavado de activos, es un tipo penal con características y fundamentos bastante controvertidos y particulares; es por ello, y obedeciendo a la naturaleza del tipo, y la especialización de los delincuentes que blanquean activos, sin dejar rastro alguno del delito perpetrado, la prueba del mismo es bastante complicada.

• ⁸² Comisión Interamericana Para el Control del Abuso de Drogas, *El Delito de Lavado de Activos como Delito Autónomo*, http://www.cicad.oas.org/Lavado_Activos/esp/GupoExpertos/documentos%202001-2005/EI%20delito%20de%20lavado%20de%20activos%20como%20delito%20autonomo.doc, Acceso 22 noviembre del 2012.

Referimos que existe cierta complicación probatoria, desde el punto de vista del acusador, (en el caso ecuatoriano, del fiscal), por cuanto, los medios de prueba tradicionales, no siempre permiten generar la certeza necesaria en el juez o tribunal, de la responsabilidad del procesado, y es por esta razón, que en caso de atender tan solo a las reglas generales de la prueba, procurando únicamente una prueba plena del delito, eventualmente, la obtención de una sentencia condenatoria se vería truncada; por esta razón, el delito de lavado, supone un tipo de prueba particular, que no es otra que la Prueba Indiciaria, o Prueba por Indicios.

Para entender propiamente, que supone, o en qué consiste verdaderamente la denominada prueba por indicios, primeramente creo pertinente el determinar la clasificación de prueba existente, y los medios probatorios contemplados en nuestra legislación.

Nótese que referimos los tipos de prueba y los medios probatorios por separado, por cuanto constituyen dos cosas distintas como veremos más adelante.

Así tenemos, que de acuerdo al Dr. Walter Guerrero V.⁸³ la clasificación de las pruebas, es de Pruebas Directas e Indirectas.

A decir del autor, existe prueba directa, cuando hay una inmediación directa entre el juez, y el hecho objeto de prueba, es decir, la percepción del hecho probado, es percibida por el juzgador directamente a través de sus propios sentidos; tal como sucede por ejemplo en el caso de una Inspección Judicial, donde observa el bien inmueble en litigio, y su percepción del hecho probado, es directa e inmediata a través de sus sentidos.

En contraposición con la prueba directa, refiere el autor, la existencia de la prueba indirecta o prueba por indicios, (la cual, consiste en probar un hecho, mediante los medios probatorios contemplados en la ley), pero en este caso, la inmediación entre el juez y el hecho que se pretende probar, no se realiza de manera directa. Para ilustrar de mejor manera este clase de

⁸³ Walter Guerrero, *La Prueba Penal*, Loja, Departamento de Publicaciones de la facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, Segunda Edición, 1989, pagina 42.

prueba propone el ejemplo de una declaración testimonial, mediante la cual, el juez no percibe de manera directa el hecho que se busca probar y que es declarado por el testigo, lo que hay es intermediación con el testimonio, más no con el hecho objeto de prueba.

Con el propósito de esclarecer aun más la clasificación y la distinción de la prueba directa e indirecta, Walter Guerrero⁸⁴ cita a Davis Echandía y Eugenio Florián, quienes concluyen que la prueba indirecta o por indicios, es aquella a la cual se recurre cuando no se puede demostrar la materialidad o la autoría de una infracción de manera directa; conclusión a la que arriban luego de proponer lo siguiente:

“Prueba directa, es aquella que en el hecho objeto de la prueba, coincide con el tema de la prueba, es decir, más claramente, cuando el hecho que se prueba coincide con el hecho que se quiere probar para conseguir la certeza del Juez, sobre la existencia o inexistencia de la infracción y sobre la responsabilidad o la inocencia del supuesto infractor, como al tratarse de un homicidio Pedro declara que vio a Juan, matar a Luis. Por el contrario, prueba indirecta, según ese mismo punto de vista, es aquella donde no hay intermediación entre el hecho que se prueba y el hecho que se desea probar, como al tratarse del mismo delito de homicidio, donde los testigos no han presenciado el crimen, y solo conocen de otros hechos aparentemente aislados y secundarios, pero que examinados en su conjunto demuestran la autoría del supuesto infractor”

Como se entenderá, los citados autores presuponen que la prueba indiciaria, es de cierta manera, subsidiaria a la prueba directa, por cuanto, recurriremos a ésta, en los casos en los que la prueba directa, no cumpla el objetivo de otorgar certeza al juez sobre un hecho determinado. Pero en este punto, es preciso el resaltar que como refieren dichos tratadistas, la prueba indirecta constituye la comprobación de hechos *“aparentemente aislados y secundarios”* pero que analizados en conjunto, llevan a una conclusión determinada, donde los hechos supuestamente aislados y secundarios mencionados en líneas anteriores, no son otra cosa que Indicios, y la conclusión a la cual se llega a través de ellos, se denomina Presunción.

⁸⁴ Walter Guerrero, *La Prueba Penal*, Loja, Departamento de Publicaciones de la facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, Segunda Edición, 1989, pagina 43.

Así tenemos que, continuando con la línea de pensamiento de Walter Guerrero⁸⁵, definimos al indicio como: *“el hecho o acto que se prueba en el proceso y que relaciona indirectamente la acción punible con el agente del cometimiento de la infracción, es lo que en la doctrina y nuestra legislación se llama indicio”*

Para Davis Echandía⁸⁶, tenemos que indicio es: *“La voz latina indicium, es una derivación de indicere, que significa indicar, hacer conocer algo. Esta función la cumple el indicio en virtud de la relación lógica que existe entre el hecho indicador y el hecho indicado, es decir, sin que medie ninguna representación de este (ni oral, ni escrita, ni por reproducción de imágenes o sonidos). De acuerdo con esto, entendemos por indicio, un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de experiencia o principios científicos técnicos”*

Como podremos concluir de las definiciones antes referidas, los indicios, no son otra cosa que un hecho comprobado, que en apariencia, no guarda relación directa con el hecho materia del proceso; pero que analizado en conjunto, nos conduce a una sola conclusión.

Previo a establecer los requisitos propios de los indicios, para que éstos puedan proporcionar una conclusión, debemos analizar en qué consiste la misma; para lo cual, empezaremos precisando, que dicha conclusión, se denomina propiamente presunción; y para entender propiamente en que debemos entender por presunción, nos remitiremos al concepto dado por el Dr. Ricardo Vaca Andrade⁸⁷, que reza de la siguiente manera: *“Es una forma de razonamiento deductivo que permite, sobre la base de un hecho previamente comprobado y*

⁸⁵ ⁸⁵ Walter Guerrero, *La Prueba Penal*, Loja, Departamento de Publicaciones de la facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, Segunda Edición, 1989, pagina 51.

⁸⁶ ⁸⁶ Walter Guerrero, *La Prueba Penal*, Loja, Departamento de Publicaciones de la facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, Segunda Edición, 1989, pagina 52.

⁸⁷ Ricardo Vaca, El Valor Jurídico de las Presunciones, Internet: www.analisisjuridico.com/publicaciones/valor-juridico-de-las-presunciones/, Acceso 31 enero del 2013

establecido en el proceso, que se llama indicio, concluir en otro hecho cuya verdad se desconoce, pero dada la relación con el hecho conocido y probado en que se funda, es muy probable que haya sucedido”

De esta manera, podemos concluir, como lo hace el mismo autor, que la relación existente entre el indicio y la presunción es evidente, por cuanto, el primero corresponde a un hecho, que se percibe en el mundo físico, a través de los sentidos, mientras que las presunciones, son consecuencia del razonamiento lógico o deductivo que se obtiene a partir de la apreciación de los indicios.

Nuestra legislación, al referirse a los indicios y las presunciones en el artículo 87 del Código de Procedimiento Penal⁸⁸, establece:

“Las presunciones que el juez de garantías penales o tribunal de garantías penales obtenga, estarán basadas en indicios probados, graves, precisos y concordantes”

Es decir, nuestra normativa, establece ciertos requisitos que deberán tener los indicios para que pueda presumirse de ellos un hecho desconocido en el proceso; esto requiere, que los indicios, sean probados dentro del proceso y por constituir éstos hechos susceptibles de prueba, deberán ser introducidos al proceso mediante los mecanismos de prueba contemplados en la ley, es decir, ya sea mediante prueba material, documental o testimonial⁸⁹.

Nótese de lo anotado, que nos referimos a los indicios como objetos de prueba, mas no como medios de prueba; ya que como se precisó, (y enfatizamos en este punto), los indicios constituyen hechos o actos, susceptibles de ser apreciados por los sentidos, y es por esta misma razón, que requieren ser introducidos en el proceso de una manera legal, que no es otra que a través de los mecanismos de prueba contemplados en nuestra legislación, los cuales ya fueron enunciados en el párrafo anterior.

⁸⁸ Código de Procedimiento Penal, Registro Oficial No 360 del 13 de enero del 2000

⁸⁹ Código de Procedimiento Penal, Registro Oficial No 360 del 13 de enero del 2000, Art. 89.- Clases de pruebas.- En materia penal las pruebas son materiales, testimoniales y documentales.

Para analizar los otros tres requisitos de los indicios, es decir, gravedad, precisión y concordancia, nos remitimos nuevamente a lo dicho por el jurisconsulto, Dr. Ricardo Vaca Andrade en su artículo, *“El Valor Jurídico de las Presunciones”*, quien cita un fallo de la Corte Suprema de Justicia, que dice, que gravedad, no es otra cosa que los hechos (indicios) sean concluyentes, y que la conclusión surja de los mismos sin mayor esfuerzo; cuando se refiere que deben ser precisos, determina la corte, que estos hechos deben llevar a la conclusión buscada, y que los mismos no sean confusos pudiendo llevar a conclusiones distintas; finalmente, refiere que deben ser concordantes, esto significa que todos los indicios deben guardar una relación o conexión entre sí, y siendo necesaria para su concordancia la imposibilidad de que se excluyan entre sí.

Como vemos, a través de la prueba por indicios o prueba indiciaria, podemos probar hechos que no constan en el proceso, mediante la determinación de otros hechos (indicios) que nos permitirán concluir en el hecho desconocido (presunción); pero en este punto, debemos precisar, que este tipo de prueba, en nuestra legislación, no está permitida para probar otra cosa que el nexo causal entre la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado, excluyendo de esta manera la posibilidad de utilizar la prueba por indicios para determinar la materialidad de la infracción o la participación del procesado.

Lo dicho, tiene su fundamento en el artículo 88 del Código de Procedimiento Penal, el cual, para una mayor ilustración, transcribimos:

“Art. 88.- Para que de los indicios se pueda presumir el nexo causal entre la infracción y sus responsables, es necesario: 1. Que la existencia de la infracción se encuentre comprobada conforme a derecho; 2. Que la presunción se funde en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones; y, 3. Que los indicios que sirvan de premisa a la presunción sean: a) Varios; b) Relacionados, tanto con el asunto materia del proceso como con los otros indicios, esto es, que sean concordantes entre sí; c) Unívocos, es decir que, todos conduzcan necesariamente a una sola conclusión; y, d) Directos, de modo que conduzcan a establecerla lógica y naturalmente”

La norma antes transcrita, determina con certeza que por mandato de la ley, la prueba por indicios solo está prevista con la finalidad de determinar el nexo causal, y es por esta razón que la misma norma precisa condiciones particulares para este efecto, como es que el la infracción, se encuentre probada conforme a derecho, es decir, que la materialidad de la infracción, se haya determinado utilizando los medios de prueba previstos en la ley; que dicha presunción, no se funde en otras presunciones, hecho totalmente lógico y coherente, por cuanto como se dijo, la base de una presunción es un hecho probado que se llama indicio y es por este motivo, que siendo la presunción una conclusión o razonamiento lógico, no puede basarse en otra conclusión o razonamiento.

Adicionalmente, se requiere, que los indicios sean:

- a) Varios, es decir, no podrá existir presunción, cuando solo exista un indicio
- b) Relacionados, se refiere al requisito de concordancia ya establecido anteriormente
- c) Unívocos, como la misma norma establece, quiere decir que conduzcan a una sola conclusión; y
- d) Directos que refiere que éstos deberán llevar a la conclusión sin mayor esfuerzo deductivo.

Para finalizar con el tema tratado, debemos insistir en el hecho, de que por mandato legal, la prueba indiciaria, está restringida a probar única y exclusivamente el nexo causal, respecto a la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado, éstas, deberán ser comprobadas en el proceso, mediante la utilización de los medios de prueba legales, sin que pueda recurrirse a los indicios para determinarlos y adicionalmente se debe manifestar, que consideramos a la prueba indiciaria como un mecanismo probatorio que puede ser utilizado en juicio, y no solo en la etapa intermedia, por cuanto, la misma ley, en el artículo 87 del Código de Procedimiento Penal, faculta al “juez de garantías penales o tribunal de garantías penales” para presumir ciertos hechos; razón por la cual, llegamos a la conclusión de que el tribunal de garantías penales, durante la sustanciación de la etapa de juicio, también podría utilizar la prueba por indicios; claro está, que únicamente es aplicable para determinar el nexo causal.

Una vez, que hemos determinado el alcance de la prueba indiciaria en el caso ecuatoriano, nos corresponde precisar, a quien corresponde la carga de la prueba; para el efecto, referimos lo que Davis Echandía⁹⁰ define como tal: *“es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se indica al Juez como debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den la certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión e indirectamente establece a cuál de las partes interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables”*

El artículo 76 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador⁹¹, dice:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:... 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”

Lo transcrito, no es otra cosa que el Principio de Inocencia que tiene todo ciudadano dentro de un proceso, donde, no solo la constitución ecuatoriana prevé este derecho y garantía básica del debido proceso, sino que también, esta disposición, guarda concordancia con muchos tratados internacionales, de los cuales rescatamos, el que a criterio personal es el más representativo en materia de derechos y garantías, como lo constituye la Convención Interamericana de Derechos Humanos⁹², instrumento ratificado por Ecuador, que en su artículo 8, numeral 2, dispone:

“Art. 8.- Garantías Judiciales... 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”

El artículo 4 del Código de Procedimiento Penal⁹³, desarrolla el principio de inocencia, constitucionalmente establecido, y dispone:

⁹⁰ Devis Echandía Hernando, *La Carga de la Prueba*, Lima, Academia de la Magistratura, 1998

⁹¹ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No 449 del 20 de octubre del 2008

⁹² Convención Interamericana de Derechos Humanos, Registro Oficial No 801 del 6 de agosto de 1984

⁹³ Código de Procedimiento Penal, Suplemento del Registro Oficial No 360 del 13 de enero del 2000

“Art. 4.- Presunción de inocencia.- Todo procesado es inocente, hasta que en la sentencia ejecutoriada se lo declare culpable”

Como podemos notar, por mandato expreso de la constitución, los tratados internacionales y la ley, toda persona tiene el derecho a que se presuma su inocencia, y a ser tratada como tal, hasta que no se dicte una sentencia, que fruto de un proceso legal, desvirtué tal presunción; aclarando que no bastara la emisión de una sentencia condenatoria para que se destruya tal presunción constitucional, si no que se requiere necesariamente, que la misma se encuentre ejecutoriada, siendo éste (sentencia), el único mecanismo que puede romper este principio.

Una vez que ha quedado establecido con certeza, que todo ciudadano debe ser tratado como inocente hasta se dicte una sentencia condenatoria luego de un proceso penal, es pertinente referir, que la prueba que se actúe en el proceso penal tiene por objeto claro el determinar la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado; tal como dispone el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal⁹⁴, es por ello, que resulta evidente que la finalidad del proceso penal y la prueba, no es otra que desvirtuar y romper la presunción de inocencia del procesado, quien no tiene obligación alguna de comprobar su inocencia, si no que esta, ya está garantizada constitucionalmente, y corresponde a fiscalía, el probar los hechos que acusa.

Una vez que determinamos, las reglas generales respecto a la carga de la prueba en procesos penales en Ecuador, en materia de lavado de activos, nos remitimos a la ley especial de la materia⁹⁵, la cual, en el último inciso del artículo 14 y la Tercera Disposición General dispone:

“Art 14.-...Los delitos tipificados en este artículo serán investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delitos autónomos de otros delitos

⁹⁴ Código de Procedimiento Penal, Suplemento del Registro Oficial No 360 del 13 de enero del 2000

⁹⁵ Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, Registro Oficial No 352 del 30 de diciembre del 2010

cometidos dentro o fuera del país. Esto no exime a la Fiscalía General del Estado de su obligación de demostrar fehacientemente el origen ilícito de los activos supuestamente lavados”

“TERCERA.- El origen ilícito de los activos, así como su carácter de inusual e injustificado, se determinará por los medios de prueba previstos en la legislación ecuatoriana, correctamente aplicados y valorados conforme a las reglas de la sana crítica y derecho al debido proceso establecidos en la Constitución de la República.”

Como se entenderá de la última frase del párrafo transcrito del artículo 14 de la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, la carga de la prueba, (además de las reglas generales del proceso penal) determina explícitamente que la Fiscalía General del Estado, tiene la obligación de demostrar fehacientemente el origen ilícito de los activos supuestamente lavados; bajo ningún concepto le corresponde al procesado el determinar la licitud de los fondos, como erróneamente se aduce por parte de periodistas, abogados y jueces. No existe inversión de la carga de la prueba por este motivo, y el procesado por este delito, debe ser tratado como tal.

Siendo obligación de la fiscalía, el probar la ilicitud de los activos, esta obligación le corresponde, mediante la utilización de los medios de prueba previstos en la ley, tal como manda la disposición general antes transcrita; es por ello, que la prueba indiciaria, solo es aplicable para determinar el nexo causal entre la infracción y la responsabilidad del infractor, debiendo probarse la materialidad del ilícito y la responsabilidad a través de los medios de prueba legalmente establecidos (prueba documental, material y testimonial), más nunca será permisible se utilicen indicios para probar el delito o la responsabilidad.

5. CONCLUSIONES

Las relaciones sociales y la interacción de los sujetos que intervienen en las mismas, son cambiantes y obedecen a factores propios de cada tiempo y lugar. Pero, las diferencias propias que existen entre los seres humanos, acompañadas de las distorsiones y desviaciones

individuales, hacen imperativas la creación de normas de convivencia que regulen las conductas sociales, en un margen de justicia; determinando de esta manera, el comportamiento social que debe tener todo ciudadano.

Desde tiempos inmemoriales tenemos conocimiento de la existencia de civilizaciones y sociedades, que han sido precursoras en materia normativa, y quienes dieron la pauta para un desarrollo jurídico mundial. Desarrollo, que obedece a la experiencia adquirida por los distintos países, y las necesidades de protección y castigo que las anomalías sociales y demás transgresiones, generan.

Como se evidenció de este estudio, el tipo penal de lavado de activos, es relativamente nuevo en los ordenamientos jurídicos del mundo; mas no lo es la conducta de lavar dinero, que data de décadas atrás, inclusive hasta antes de que Al Capone se dedicara a tal actividad; aclarando que ésta, si bien contenía un reproche moral, no era cuestionable legalmente.

Es a finales de la década de los ochenta que el fenómeno jurídico del blanqueo de capitales, que se obtiene la atención de la comunidad internacional, quien, mediante el Convenio de Viena de 1988 incorpora a la vida jurídica dicha conducta como un delito; siendo este el punto de partida para las legislaciones mundiales.

A partir de la citada convención, se han redactado incontables tratados y leyes que tipifican como delito a la conversión o transferencia de bienes; los cuales, han ampliado y desarrollado el tipo penal en cuestión, procurando extenderlo a otros delitos determinantes, y no solo al narcotráfico como lo hacía dicha convención. Pero, para llegar a este alcance del tipo penal, tuvo que evidenciarse que el tráfico de drogas no era el único ilícito que afectaba a la sociedad con activos contaminados por una procedencia ilícita; denotando que la legislación inicialmente concebida era perfectible.

Determinamos que la lucha contra el lavado de Activos, ha sido un proceso histórico que ha desencadenado la evolución acelerada de este tipo penal, obligando a las distintas legislaciones a tipificarlo como delito en sus ordenamientos internos; particular que obedece al

fenómeno de la globalización y a las nuevas y diversas técnicas utilizadas por los criminales para aprovechar los réditos de sus delitos, procurando escapar de las manos de la justicia. Siendo esta una de las razones por las que el Ecuador, si bien acogió en su derecho interno al lavado de activos, como un tipo penal sancionable, en inicio también era exclusivo de delitos determinantes referentes al tráfico de estupefacientes. Y no fue hasta el 2005, que dicha concepción tuvo un cambio radical, mediante la promulgación de la Ley para Reprimir el Lavado de Activos, que extendía las conductas típicas originarias, a cualquier delito, pero establecía un monto mínimo de lavado, que era de cinco mil dólares, para que la infracción constituya delito.

Pudimos determinar también, que se trata de un tipo penal autónomo, que no requiere la prueba de un delito subyacente para su configuración, y que el sujeto activo del mismo, es abierto a cualquier persona, sin que exista condicionamiento objetivo en este aspecto.

Referimos también, que se trata de un tipo penal, pluriofensivo, es decir, que afecta no solo a un bien jurídico determinado, si no a varios de ellos; como son el orden socioeconómico de un estado, la administración de justicia, y como un bien jurídico mediato, la salud publica

Se anotaron las etapas que este delito supone para su cometimiento, desde el hecho de colocar bienes ilícitos en el torrente económico, pasando por la diversificación de los mismos mediante transacciones que procuran su distanciamiento y disimulación del origen delictivo; hasta llegar a integración de los bienes maculados con otros activos de origen lícito.

Determinamos también, los delitos que personalmente creo son los más determinantes de bienes maculados, pasando por un análisis de los requisitos subjetivos de cada tipo, hasta llegar a analizar, cual es la relación o conexidad existente con cada uno de ellos.

Finalmente pudimos concluir, que para el procesamiento y juzgamiento del delito de lavado de activos, debemos remitirnos a las reglas generales del proceso; pudiendo determinar mediante la prueba indiciaria, tan solo el nexo causal, mas no la materialidad de la infracción, ni la

responsabilidad del procesado. Concluyendo en base al principio de presunción de inocencia, y a las disposiciones especiales de la ley de la materia, que la carga de la prueba corresponde al fiscal, y que en nuestra legislación, no es aplicable la inversión de la carga de la prueba, por mandato propio del legislador

Debo manifestar también, que el objetivo de la legislación contra el lavado de activos, no es otro que el impedir se cometa este delito en perjuicio de la sociedad; mas me temo, que por los verbos rectores utilizados, y las amplias facultades otorgadas a instituciones públicas como la Unidad de Análisis Financiero, podrían ocasionar la tergiversación del espíritu y finalidades de ley, permitiendo que sea utilizada como un mecanismo de presión o persecución. Hecho que carecería de relevancia, si los administradores de justicia fueran personas representativas de idoneidad, preparación académica y moral intachable; personas, que como es de conocimiento público, nuestra administración de justicia no posee, salvo contadas excepciones.

Finalmente considero, que aunque los activos, (fundamentalmente el capital en efectivo) si son adecuadamente canalizados, podrían generar la inyección de liquidez necesaria en la economía nacional; pero, lastimosamente, el perjuicio que en forma individual y colectiva ocasiona el cometimiento de los delitos subyacentes y de lavado son mayores a las ventajas aportadas, por lo que el Estado, a fin de garantizar el correcto desarrollo de sus ciudadanos, debe ponderar estos hechos, y sancionar la conducta típica; claro está, a través de un proceso judicial llevado conforme a derecho y la normativa pertinente.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Araujo Paulina, *Derecho Penal Económico, Los Delitos Socioeconómicos en la legislación ecuatoriana*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.
- Arbulu José, Prevención del Lavado de Activos, Internet. jarbulur.blogspot.com. Acceso: el 18 de enero del 2013
- Bentham Jeremías, *La Prueba en el Juicio Oral Penal*, Quito, Ediciones Cueva Carrión, 2004.
- Cabanellas Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Edina, 1999
- Código de Procedimiento Penal, Suplemento del Registro Oficial No 360 del 13 de enero del 2000
- Código Penal, Suplemento del Registro Oficial No 147 del 22 de enero de 1971.
- Comisión Interamericana Para el Control del Abuso de Drogas, *El Delito de Lavado de Activos como Delito Autónomo*, http://www.cicad.oas.org/Lavado_Activos/esp/GupoExpertos/documentos%202001-2005/EI%20delito%20de%20lavado%20de%20activos%20como%20delito%20autonomo.doc, Acceso 22 noviembre del 2012.
- Consejo Nacional Electoral, Presentación de resultados el 12 de Julio del 2011, <http://metroactiva.com/blog-noticias-ecuador/2011/05/resultados-consulta-popular-ecuador-encuestas-exit-poll-referendum-si-no-consejo-nacional-electoral-cne-conteo-rapido/> , acceso 28 de diciembre del 2012
- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No 449 del 20 de octubre del 2008
- Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial No 1 del 11 de agosto de 1998.
- Convención Interamericana de Derechos Humanos, Registro Oficial No 801 del 6 de agosto de 1984.
- Cueva Luis, *Peculado, Teoría, Practica y jurisprudencia*, Quito, Ediciones Cueva Carrión, 2008.

- Devis Echandía Hernando, *La Carga de la Prueba*, Lima, Academia de la Magistratura, 1998.
- Donoso Arturo, *Guía para el Estudio Derecho Penal Parte Especial Delitos contra el Patrimonio y contra los recursos de la administración pública*, Quito, Editorial Jurídica Cevallos, 2008
- Federación Latinoamericana de Bancos FELABAN, http://www.felaban.com/coplaft/definicion01_1.html, Acceso 22 de abril del 2013
- Gálvez Tomas, *El Delito de Lavado de Activos*, Lima, Jurista Editores, Segunda Edición, 2009
- Grupo de Acción Financiera, *40 Recomendaciones Para Prevenir el Lavado de Activos*, www.fatf-gafi.org, acceso 18 de enero del 2013
- Guzmán María, *Políticas de prevención contra los delitos de tráfico y tenencia de drogas en el Ecuador*, Loja, UTPL, 2012
- Hernández Hernando, *El Lavado de Activos*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Segunda Edición, 1997
- Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, Registro Oficial No 352 del 30 de diciembre del 2010
- Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas ,Suplemento del Registro Oficial No 490 del 27 de diciembre del 2004
- Ley Para Reprimir el Lavado de Activos, Registro Oficial No 127 del 18 de octubre del 2005 del 2005.
- Moreno Elsa, *El Lavado de Dinero y Activos*, Internet. www.derechoecuador.com, Acceso: el 27 de enero del 2013
- Parada Ramón, *Derecho Administrativo Tomo I*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2000.
- Pedro Castañeda, *Delitos Propios de los Funcionarios Públicos*, Ediciones Jurídicas Cuyo , 1976
- Reformas al Código de Procedimiento Penal, Suplemento del Registro Oficial No 544 del 9 de marzo del 2009

- Reformas al Código Penal, Registro Oficial No 635 del 7 de agosto del 2002, Ley No 75.
- Reformas al Código Penal, Registro Oficial No 621 del 4 de julio de 1978
- Ricardo Vaca, *El delito de Lavado de Activos en Ecuador*, Guayaquil, Editorial Edino, 2004
- Ricardo Vaca, *El Valor Jurídico de las Presunciones*, www.analisisjuridico.com/publicaciones/valor-juridico-de-las-presunciones/, Acceso, 13 febrero del 2013.
- Ricardo Vaca, *Lavado de Dinero y Enriquecimiento Injustificado*, www.analisisjuridico.com, Acceso 13 de enero del 2013
- Ulises Torres, *El Delito de Lavado de Activos*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, Primera Edición, 2010.
- Walter Guerrero, *La Prueba Penal*, Loja, Departamento de Publicaciones de la facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, Segunda Edición, 1989.
- Walter Guerrero, *Derecho Procesal Penal, Tomo III, La Prueba Penal*, Quito, Pudeleco Editores, 2004.
- Zambrano Alfonso, *Lavado de Activos*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010

PARA GRADOS ACADEMICOS DE LICENCIADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR

DECLARACION Y AUTORIZACION

Yo, RICHARD ROBERTO KING HURTADO, CI. 172036937-8, autor del trabajo de graduación intitulado EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN ECUADOR, TIPOS CONEXOS Y PRUEBA INDICIARIA, previa a la obtención del grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS en la Facultad de JURISPRUDENCIA:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 13 de septiembre del 2013



RICHARD KING HURTADO
CC. 172036937-8

CIUDADANIA 172036937-8
 KING HURTADO RICHARD ROBERTO
 PICHINCHA QUITO SANTA PRISCILA
 09 RAHO 1982
 003-C 0375 02357 H.
 PICHINCHA/ QUITO
 GONZALEZ SUAREZ 1988



ECUATORIANA ***** 5435312228
 SUPERIOR ESTUDIANTE
 CARLOS RICARDO KING
 ROSA NEAL HURTADO
 QUITO 07/03/2000
 07/03/2021
 REN 0708928



REPUBLICA DEL ECUADOR
 CONSEJO NACIONAL ELECTORAL
 CERTIFICADO DE VOTACION
 ELECCIONES GENERALES 17-FEB-2013

018
018-0239 **1720369378**
 NUMERO DE CERTIFICADO CEDUJA
 KING HURTADO RICHARD ROBERTO

PICHINCHA
 PROVINCIA
 QUITO
 CANTON

CIRCUNSCRIPCION
 RUMIPAMBA
 PARROQUIA
 SAN GABRIEL
 ZONA

1
 1 PRESIDENTE DE LA JUNTA

